

Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PETER H. SCHMUKI

von Zollikon ZH und St. Gallenkappel SG

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Peter Weimar

1902
—

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507219_0008

Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PETER H. SCHMUKI

von Zollikon ZH und St. Gallenkappel SG

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Peter Weimar

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 19 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, H.M. Riemer, W.R. Schluep und E. Stark

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit

Herrn Prof. Dr. Peter Weimar danke ich sehr herzlich für seine stete Gesprächsbereitschaft und sein Interesse, welches er meiner Arbeit entgegenbrachte; ebenso für sein persönliches Wohlwollen während meiner Tätigkeit als Assistent.

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

X

1. KAPITEL: DAS INSTITUT DER NACHERBENEINSETZUNG AUF DEN UEBERREST

1

I. Begriff

1

II. Zweck und Anwendungsbereich

4

III. Geschichtliche Entwicklung

9

A. Das römische Recht

10

B. Das preussische Allgemeine Landrecht und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch

14

C. Die kantonalen Kodifikationen vor Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

16

IV. Die Regelung in anderen geltenden Rechtsordnungen

20

A. Deutschland

20

a) Befreiung des Vorerben und deren Grenzen

20

b) Rechtsstellung des befreiten Vorerben

24

c) Die Stellung des Nacherben vor dem Nacherbfall

27

d) Die Herausgabepflicht des Vorerben bei Eintritt des Nacherbfalls

33

B. Frankreich

35

a) Das Verbot der Nacherbeneinsetzung

35

b) Das "lex de residuo"

38

2. KAPITEL: DIE AUSGESTALTUNG NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT IM EINZELNEN

42

I. Die Anordnung der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest

42

A. Form

42

B. Möglichkeiten der Ausgestaltung	46
C. Auslegung	50
a) Bei Testamenten	50
b) Bei Erbverträgen	52
II. Sicherungsmassnahmen	56
A. Inventaraufnahme	56
B. Sicherstellung	58
C. Erbschaftsverwaltung	61
D. Willensvollstreckung	63
III. Rechtsstellung des Vorerben	65
A. Juristische Konstruktion der Nacherbeneinsetzung	65
a) Die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung	65
aa) Herrschende Lehre	65
bb) Die Auslieferung der Erbschaft als erbrechtliche Auflage	68
cc) Weitere, von der herrschenden Lehre abweichende Meinungen	69
dd) Stellungnahme zu den verschiedenen Auffassungen	72
b) Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest	75
B. Verfügungsbefugnis des Vorerben	76
C. Schranken der Verfügungsbefugnis	78
a) Verfügungen von Todes wegen	79
b) Unentgeltliche Verfügungen	81
c) Die allgemeine Schranke des Art. 2 ZGB	84
d) Verschwendung	87
D. Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben	89
IV. Rechtsstellung des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls	93
V. Der Nacherbfall	99

A. Rechtsverhältnisse nach Eintritt des Nacherbfalls	99
B. Auslieferung der Erbschaft	103
a) Umfang des auszuliefernden Ueberrestes	103
aa) Die in natura vorhandenen Erbschaftsgegenstände	103
bb) Surrogate	105
cc) Schadenersatz	109
b) Geltendmachung durch den Nacherben, Auskunftspflicht des Vorerben	112
VI. Folgerungen für die praktische Anwendung	116

LITERATURVERZEICHNIS

- Abravanel Philippe Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, Thèse, Lausanne 1954.
- Abravanel Philippe L'immeuble grevé d'une substitution fidéicommissaire, Journal des tribunaux 106 (1958) p. 34 ss.
- Becker H. Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941.
- Bohny Walter Die Nacherbeneinsetzung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 39 (1920) S. 320 ff.
- Dalloz Répertoire de Droit Civil, publié sous la direction de Pierre Raynaud, Paris.
- Dernburg Heinrich Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 3. Band, Halle 1880.
- Egger August Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Dritte Abteilung, 2. Auflage, Zürich 1948.
- Enneccerus Ludwig Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. neubearbeitete Auflage von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1959.
- Escher Arnold Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung, 3. Auflage neubearbeitet von A. Escher, Zürich 1959.
- Escher Arnold Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung, 3. Auflage neubearbeitet von A. Escher, Zürich 1960.
- Ferid Murad Das Französische Zivilrecht, 2. Band, Frankfurt am Main 1971.

- Ferid Murad/Firsching Karl Internationales Erbrecht, Band II, München 1977.
- Fischer Eugen Zur Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest, Basler Juristische Mitteilungen 1973, S. 121 ff.
- Forkel Hans Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berliner Juristische Abhandlungen, Band 6, Berlin 1962.
- Frey Rudolf Die Nacherbeneinsetzung, Dissertation, Zürich 1951.
- Giacometti Laurent Die Nacherbeneinsetzung als Verfügungsart im Erbvertrag sowie ihre Beschränkung in personeller und materieller Hinsicht, Dissertation, Zürich 1972.
- Girsberger Andreas Die dingliche Surrogation. Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, Dissertation, Aarau 1955.
- Göschke R. Die Erbanwartschaft, Schweizerische Juristenzeitung 39 (1942) S. 141 ff.
- Guisan François Travaux de droit successoral - Etude critique par François Guisan, Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 66 (1947) S. 225 ff.
- v.Hammerstein-Gesmold Carl Das Fideikommiss auf den Ueberrest, Dissertation, Göttingen 1896.
- Hauser Willy Die Stellung des Vor- und Nacherben im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Dissertation, Zürich 1934.
- Haab Robert Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite umgearbeitete Auflage, 7. Lieferung, ergänzt von A. Simonius, Zürich 1948.
- Hothorn Walter Die Rechtsstellung des befreiten Vor-erben, Dissertation, Leipzig 1911.
- Huber Eugen System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Zweiter Band, Basel 1888.

- Huber Eugen Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erster Band, 2. durch Verweisung auf das Zivilgesetzbuch und etliche Beilagen ergänzte Auflage, Bern 1914 (zitiert: Huber, Vorentwurf).
- Jaeger Ernst Kommentar zur Konkursordnung, Zweiter Band, 1. Halbband, 8. Auflage bearbeitet von Lent/Klug/Weber/Jahr, Berlin 1973.
- Jäggi Peter/Gauch Peter Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 b, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980.
- Jaton Philippe Les sûretés dans la substitution fidéicommissaire, Thèse, Lausanne 1974.
- Johannsen Kurt Herbert/
Kregel Wilhelm Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1974 (zitiert: BGB-RGRK).
- Kaser Max Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht, 2. neubearbeitete Auflage, München 1971.
- Kipp Theodor Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 13. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1978 (zitiert: Kipp/Coing).
- Kunkel Wolfgang Römisches Privatrecht, Auf Grund des Werkes von Paul Jörs neubearbeitet 2. Auflage, Heidelberg 1949.
- Lange Heinrich/
Kuchinke Kurt Lehrbuch des Erbrechts, 2. neubearbeitete Auflage, München 1978.
- Liver Peter Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, 5. Band Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977.
- v.Lübtow Ulrich Erbrecht, Eine systematische Darstellung, Berlin 1971.

- Lutz Oskar Die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest, Schweizerische Juristen-Zeitung 34 (1937) S. 27 ff.
- Mazeaud Jean Leçons de Droit Civil, Tomé 4ème, 3ème édition par André Breton, Paris 1980.
- Meier-Hayoz Arthur Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung zum ZGB, Art. 1, Bern 1966.
- Meier-Hayoz Arthur Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband, Bern 1966.
- Oswald Adriano Die Auskunftspflicht im Erbgang, Dissertation, Zürich 1976.
- Palandt Das Bürgerliche Gesetzbuch, §§ 1922-2385 bearbeitet von Th. Keidel, 40. neubearbeitete Auflage, München 1981 (zitiert: Palandt/Keidel).
- Petitjean J. Erbvertrag unter Ehegatten und Nach-erben, Schweizerische Juristen-Zeitung 66 (1970) S. 357 ff.
- Pictoni Vito Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich 1955.
- Piotet Paul Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1978.
- Piotet Paul Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1981.
- Piotet Paul Les actes de disposition de l'héritier ou du légataire grevés d'une substitution fidéicommissaire. Schweizerische Juristen-Zeitung 61 (1965) S. 249 ff. (zitiert: Piotet, SJZ).
- Planiol/Ripert/Boulanger Traité de Droit Civil, Tomé IV, Paris 1959.
- Riggenbach Bernhard Die Eröffnung und Mitteilung letztwilliger Verfügungen, Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 65 (1946) S. 11 ff.

- Rudolph Robert Das Fideikommiss des Ueberrestes nach
gemeinem und nach preussischem Rechte,
Dissertation, Berlin 1897.
- Salinger Die Nacherbfolge nach dem Bürgerlichen
Gesetzbuch, Archiv für Bürgerliches
Recht, 19. Band, Berlin 1901.
- Savatier R. Analyse juridique du legs de residuo à
propos du calcul des droits de mutation,
Revue Trimestrielle de Droit Civil 69
(1971) p. 184 ss.
- Scherrer Werner Die Nacherbeneinsetzung auf den Ueber-
rest, in: Zum Schweizerischen Erbrecht,
Festschrift zum 70. Geburtstag von
Peter Tuor, S. 109 ff., Zürich 1946.
- Schiller Hans-R. Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest,
Schweizerische Juristen-Zeitung 40
(1944) S. 355 ff.
- Schmid Emil Zürcher Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht,
Teilband V 2 b, 1. Lieferung, 3. neu-
bearbeitete Auflage, Zürich 1974.
- Schuhmacher Hans Die rechtliche Natur der Anwartschaft
des Nacherben, Dissertation, Coburg
1935.
- Simonius Pascal Die güterrechtliche Surrogation, Basler
Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 94,
Basel und Stuttgart 1970.
- Soergel/Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-
gesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-
Kommentar, Band 6, Erbrecht, Stuttgart/
Berlin/Köln/Mainz 1974.
- Sohm Rudolf Institutionen des römischen Rechts.
17. Auflage, Berlin 1949.
- Spirig Eugen Nacherbeneinsetzung und Nachvermächtnis,
Schweizerische Zeitschrift für Beurkun-
dungs- und Grundbuchrecht 58 (1977)
S. 193 ff.

- Sponer Wolfdieter Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil- Handels- und Prozessrecht, Bielefeld 1965.
- Stark Emil W. Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 3. Abteilung Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Der Besitz, Bern 1976.
- v.Staudinger J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch Erbrecht, §§ 2087-2146, erläutert von Okko Behrends und Gerhard Otte, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1981 (zitiert: Staudinger Kommentar).
- Suter Adolph Die Nacherbschaft nach dem schweizerischen Zivilgesetzentwürfe, Dissertation, Freiburg 1908 (zitiert: Suter).
- Suter Hermann Verschwendung, Misswirtschaft, Trunksucht und lasterhafter Lebenswandel als Entmündigungsgründe, Dissertation, Zürich 1952 (zitiert: Suter Hermann).
- v.Tuhr Andreas Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, Berlin 1923 (zitiert: v.Tuhr, BGB).
- Tuor Peter Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 1. Abteilung Die Erben, 2. revidierte und erweiterte Auflage, Bern 1952.
- Tuor Peter Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 2. Abteilung Der Erbgang, 2. Auflage bearbeitet und nachgeführt von Vito Picononi, Bern 1964 (zitiert: Tuor/Picononi).
- Ullmer Rudolf E. Kommentar zum privatrechtlichen Gesetzbuche des Kantons Zürich, Supplementband, Zürich 1978.
- Veit Manfred Die historischen Grundlagen der Nacherbeneinsetzung und ihre Ausgestaltung, Dissertation, Basel 1930.

Widmer Pierre

Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 107 (1971) S. 21 ff.

Windscheid Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 3, 9. Auflage unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Th. Kipp, Aalen 1963, (zitiert: Windscheid/Kipp).

Weitere Literatur in den Fussnoten.

1. KAPITEL: DAS INSTITUT DER NACHERBENEINSETZUNG AUF DEN ÜBERREST

I. Begriff

Unter Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest versteht man die durch Verfügung von Todes wegen getroffene Anordnung des Erblassers, wonach das Erbschaftsvermögen oder Teile desselben nacheinander zwei verschiedenen Personen als Erben zukommen soll; dabei soll der erste Erbe (Vorerbe) berechtigt sein, die Erbschaft nicht nur zu nutzen, sondern auch zu verbrauchen, und der zweite Erbe (Nacherbe) soll bei Eintritt des Nacherbfalls lediglich den noch vorhandenen Ueberrest erhalten ¹.

Der Ausdruck "Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest" ist in keiner Bestimmung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches erwähnt ², obwohl die Zulässigkeit dieser Verfügungsart auch in der Schweiz unbestritten ist ³. Es wäre auch nicht einzusehen, warum der Erblasser die Auslieferungspflicht des Vorerben nicht auf einen beliebigen Teil der Erbschaft sollte beschränken können, da er im Rahmen der verfügbaren Quote ja einerseits gänzlich von einer Belastung des Vorerben

1 Scherrer, S. 109; Frey, S. 84.

2 Im Gegensatz etwa zum deutschen BGB § 2137.

3 Tuor, N. 30 ff. zu Art. 491 ZGB; Escher, N. 11 Vorbemerkungen zu Art. 488-493 ZGB; Piotet, § 20 VIII, S. 121.

mit einer Nacherbeneinsetzung absehen, oder andererseits von Anfang an nur den Nacherben als einzigen Erben einsetzen könnte ⁴.

Trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung hatten sich die schweizerischen Gerichte offenbar nur selten mit Fragen bezüglich der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest zu befassen ⁵, was den Schluss zulassen könnte, dass die Praxis sich nicht allzu oft dieses Instituts bedient habe ⁶. Immerhin ist es denkbar, dass sich diese Situation seit dem Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts in BGE 95 II 519 ändern könnte ⁷. Angesichts der in diesem Entscheid begründeten Praxis, doppelte erbvertragliche Erbeinsetzungen nach den

4 Suter, S. 115.

5 BGE 70 II 255; 95 II 519; 100 II 92.

6 Frey, S. 10.

Andererseits könnte die fehlende gesetzliche Regelung aber auch dazu geführt haben, dass bis heute ein Erblasser sich nur aufgrund rechtskundiger Beratung zur Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest entschlossen hat und seine letztwillige Verfügung dadurch jeweils so präzise und detailliert abgefasst war, dass es in der Folge nicht zu einem Rechtsstreit unter den Erben kam.

7 Durch Erbvertrag hatte sich ein Ehepaar gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und sodann erklärt, der Nachlass des Ueberlebenden solle einem bestimmten Dritten als Alleinerben zukommen. Nach dem Tode des Ehegatten adoptierte die überlebende Ehefrau eine junge Dame, welche ihren Pflichtteil auch bezüglich des Vermögens geltend machte, welches ihrer Adoptivmutter von deren Ehemann zugefallen war. In dieser Anordnung erblickte das Bundesgericht jedoch eine Erb- und Nacherbeneinsetzung, wobei der Dritte Erbe des Ueberlebenden und Nacherbe des vorversterbenden Ehegatten wird.

Regeln der Nacherbeneinsetzung⁸ zu beurteilen, dürften in Zukunft zu etlichen bis heute in der Literatur umstrittenen Fragen⁹ gerichtliche Entscheide zu erwarten sein.

Die bezüglich der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest bestehende Gesetzeslücke ist durch den Richter gemäss den Regeln des Art. 1 ZGB auszufüllen, wobei er primär versuchen wird, sich des Mittels von Analogieschlüssen zu bedienen¹⁰.

Aufgrund der Unterschiede zur gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung werden jedoch die Regeln der Art. 488 ff. ZGB allein oft nicht ausreichen oder zu keiner befriedigenden Lösung führen. Es soll daher mit der vorliegenden Arbeit versucht werden, zu einzelnen Fragen¹¹ mögliche Lösungen aufzuzeigen.

Zunächst ist jedoch zu untersuchen, welche Gründe den Erblasser zur Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest veranlassen können und welches dabei die grundlegenden Unterschiede zur gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung sind.

8 Widmer, S. 83 zeigt, dass höchstens eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gemeint sein konnte.

9 Z.B. Sicherstellung, Inventar, Verfügungsrecht des Vorerben.

10 Meier-Hayoz, N 346 zu Art. 1 ZGB.

11 Insbesondere betreffend Verfügungsfreiheit des Vorerben.

II. Zweck und Anwendungsbereich

Angesichts der grossen Verschiedenheit zwischen der Rechtsstellung des Vorerben bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung und bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest, drängt sich die Frage auf, ob letztere in ihrem Wesen etwas anderes sei, als die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung ¹.

Das rechtliche Charakteristikum ist jedoch bei beiden Instituten ein und dasselbe, nämlich die Belastung des Erbrechts des Vorerben mit der Anwartschaft des Nacherben ^{2,3}. Mit Eintritt des Nacherbfalles gehen sämtliche Rechte vom Vorerben auf den Nacherben über; dieser ist fortan Eigentümer, Inhaber der Forderungsrechte, aber auch Schuldner der Nachlassverbindlichkeiten. An der Rechtsnatur des Institutes der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest vermag die Tatsache, dass der Nacherbe lediglich auf den noch vorhandenen Ueberrest der Erbschaft eingesetzt ist, nichts zu ändern ⁴.

1 Lutz, S. 27 vertritt diese Ansicht, allerdings ohne näher darauf einzutreten.

2 Frey, S. 84.

3 Dass beide Arten der Nacherbeneinsetzung nur im Rahmen der verfügbaren Quote zulässig sind, wurde oben S. 1 implizite bereits erwähnt.

4 ZR 14 (1915) 84.

Was die beiden Anordnungen einer Nacherbeneinsetzung unterscheidet, ist die verschiedene Anerkennung der Interessen der Beteiligten. Bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung geht es dem Erblasser in der Regel darum, das Vermögen für den Nacherben zu erhalten⁵; der Vorerbe kommt dabei nur im Sinne einer vorläufigen Begünstigung zum Zuge. Aufgrund der möglichen Motive des Erblassers lassen sich dabei folgende Fallgruppen bilden:

1. Der Erblasser will eine bestimmte Person, nicht aber deren Erben bedenken. Dies kann bei kinderlosen Ehegatten oder auch bei Einsetzung einer mit dem Erblasser nicht verwandten Person zutreffen. Nach dem Tode des Vorerben kann er so das Vermögen beispielsweise einer wohltätigen Organisation zukommen lassen.
2. Der Erblasser will eine ganze Linie begünstigen, doch soll der Erstbedachte nicht die Möglichkeit haben, das Vermögen zu verschleudern⁶.
3. Als eher seltene Möglichkeit ist auch der Fall denkbar, dass der Erblasser noch nach seinem Tode auf das Verhalten einer Person

5 Insbesondere ist dies die einzige Möglichkeit, eine noch nicht gezeugte Person zu bedenken.
Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 14; Spirig, S. 197.

6 Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 5; Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 14; Suter, S. 1 ff.; Frey, S. 9.

Einfluss nehmen will, indem er zum Beispiel bestimmt, der Neffe Y solle sein Erbe werden, falls er eine eigene Arztpraxis eröffne; bis dahin solle X Erbe sein ⁷.

Gemeinsames Grundmotiv in den meisten dieser Fälle ist die Begünstigung und Bevorteilung des Nacherben.

Ordnet der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest an, so will er vor allem die Stellung des Vorerben stärken und diesen begünstigen ⁸, weshalb er ihm ein Verbrauchsrecht einräumt. Was danach kommt, ist dem Erblasser nahezu gleichgültig. Dass er nicht eine schlichte Berufung des Vorerben zum Erben vorgenommen hat, hat nur einen Grund: Beim Tode des Vorerben soll das dann noch vorhandene Erbschaftsvermögen an seine eigenen Erben ⁹ und nicht an diejenigen des Vorerben fallen ¹⁰.

Das Hauptmotiv, welches den Erblasser zur Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest bewegt, ist somit in der Regel die

⁷ Giacometti, S. 29; Frey, S. 9.

⁸ Fischer, S. 125; Scherrer, S. 121.

⁹ Denn in der Regel soll nur der Vorerbe persönlich begünstigt werden, da dem Erblasser nachher die eigenen gesetzlichen oder eingesetzten Erben doch wieder näher stehen, als diejenigen des Vorerben.

¹⁰ Escher, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 488-493 ZGB; Lutz, S. 27; Giacometti, S. 29; Scherrer, S. 113.

maximale Begünstigung des Vorerben persönlich, unter Ausschluss von dessen Erben ¹¹. Diesen Unterschied in den Beweggründen des Erblassers bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung und derjenigen auf den Ueberrest hat man sich immer dann vor Augen zu halten, wenn zweideutige letztwillige Verfügungen der Auslegung bedürfen ¹², er soll jedoch auch vor unbedachten Analogieschlüssen von den gesetzlichen Bestimmungen über die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest abhalten ¹³.

In der Praxis ist dieses Institut vor allem in Testamenten oder Erbverträgen ¹⁴ unter kinderlosen Ehegatten oder bei Vorhandensein nichtgemeinsamer Nachkommen anzutreffen, da damit am besten erreicht wird, dass der Ueberlebende sorgenfrei weiterleben kann, jedoch nach

11 Von diesem Motiv scheint auch das Bundesgericht in BGE 95 II 519 (siehe oben I Anm. 7) bei der Auslegung des fraglichen Erbvertrages ausgegangen zu sein.

12 Aus der unklaren Verfügung muss sich immerhin irgendwie der Wille des Erblassers ergeben, zwei sukzessive Erbfolgen begründen, aber den ersten Erben unter Umständen auch zum Verbrauch ermächtigen zu wollen.
Spirig, S. 203.

13 Davon wird vor allem noch im Zusammenhang mit der Verfügungsfreiheit des Vorerben die Rede sein.

14 Scherrer, S. 113; Giacometti, S. 55.
Da die Auslegung von unklaren Bestimmungen eines Erbvertrages nicht aufgrund des erblasserischen Willens erfolgt, sondern auf den Willen der Parteien bei Vertragsabschluss abgestellt wird (BGE 97 II 207), bieten sich bei der Auslegung von Erbverträgen meist grössere Probleme, als bei Testamenten (siehe BGE 95 II 519).

dessen Ableben ein allfälliger Ueberrest wieder an die eigene Familie des Erblassers zurückfällt ¹⁵.

In den meisten Fällen ist daher naturgemäss auch der Nacherbfall auf den Tod des Vorerben festgelegt.

¹⁵ Riggerbach, S. 16; Lutz, S. 27; Escher, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 488-493 ZGB; Kipp/Coing, § 51, S. 321.

III. Geschichtliche Entwicklung

Wenn der Behandlung der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest im geltenden Recht deren geschichtliche Entwicklung vorangestellt wird, dann geschieht dies aus dem Gedanken heraus, dass zahlreiche Probleme im Zusammenhang mit diesem Institut schon immer bestanden und, dass die Lösungen, die von früheren Juristen dazu gefunden wurden, auch in der heutigen Zeit hilfsweise herangezogen werden können. Vor allem werden aber so die Vorstellungen geklärt, die den Regelungen des ZGB selbst zugrunde liegen.

Von den deutschen Partikularrechten wurde das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten herausgegriffen, weil im wesentlichen dieses Gesetz die Regelung der Nacherbeneinsetzung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896 bestimmte ¹. Bei der Darstellung der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest in den einzelnen Rechtsordnungen wird lediglich auf diejenigen Aspekte näher eingegangen, welche im Zusammenhang mit dem geltenden Recht eingehender behandelt werden ².

1 v.Hammerstein-Gesmolde, S. 60.

2 Siehe unten, 2. Kapitel.

A. Das römische Recht

Die Nacherbfolge im heutigen Sinn war dem römischen Recht nicht bekannt, da mit der Erbenstellung eine zeitliche Begrenzung nicht vereinbar war³. Trotzdem bestand auch in Rom das praktische Bedürfnis, den Nachlass nacheinander verschiedenen Personen zukommen zu lassen⁴.

Am Anfang geschah dies durch die (rechtlich nicht verbindliche) formlose Bitte des Testators⁵, der Bedachte (Fiduziar) solle seinerseits einen Dritten (Fideikommissar) bedenken.

In der Kaiserzeit wurde es möglich, den Erben zu verpflichten, die Erbschaft oder einen Teil derselben (Universalfideikommiss) zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bei Eintritt einer Bedingung dem Fideikommissar herauszugeben⁶. Damit wurde aber nicht erreicht, dass auch die Schulden des Erblassers auf den Fideikommissar übergingen. Dies änderte sich mit dem S.C. Trebellianum, wonach mit der Auslieferung

3 Kaser I § 190, S. 761.
Es galt der Grundsatz: "Semel heres, semper heres".

4 Sohm, § 106, S. 634 f.
Z.B. zuerst dem Überlebenden Ehegatten, dann den Nachkommen oder bei Abwesenheit des gesetzlichen Erben einem fiduziarischen Erben, der den Nachlass später herauszugeben hatte.

5 "Verbis precativis fidei commissum."

6 Coing, § 47 I 1, S. 279 f.; Veit, S. 4 f.

auch die Passiven des Erblassers auf den Fideikommissar übergangen ⁷.

Das Fideikommiss auf den Ueberrest (*fideicommissum superfuturi* oder *eius, quod supererit*) stellt eine Unterart des Universalfideikommisses dar. Nach dem Willen des Erblassers soll der Fiduziar über das Erbschaftsvermögen verfügen dürfen, soweit es eine ordentliche Haushaltung erfordert. Verboten sind ihm jedoch Verfügungen von Todes wegen über den Nachlass ⁸.

Hat der Fiduziar eigenes Vermögen, so bestand die Ansicht, dass er nur im gleichen Verhältnis vom Erbschaftsvermögen verbrauchen dürfe, wie er auch sein eigenes Vermögen angreife ⁹.

In das eigene Vermögen durfte der Fiduziar nichts verwenden, und bei Veräußerung von Erbschaftsgegenständen galt der Satz: "*Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*", also das Prinzip der dinglichen Surrogation. Falls der Fiduziar Schenkungen vornahm, konnten diese vom Fideikommissar angefochten werden ¹⁰.

7 Kaser I § 190, S. 762.

Damit wurde das Prinzip: "*Semel heres, semper heres*" völlig ausgehöhlt.

8 Dernburg, § 160, S. 439.

Jede *bona fide* Verfügung über den Nachlass war dem Fiduziar erlaubt.

9 Papinian, D. 36,1,1,56(54).

10 Immerhin hatte er den "*animus intervertendi fideicommissi*" des Fiduziars nachzuweisen, was aber bei Schenkungen nicht allzu schwierig gewesen sein dürfte.

Umstritten war die Frage, ob die aus dem Nachlass gezogenen und noch vorhandenen Früchte an die Erben des Fiduziars fallen sollten, oder ob sie ebenfalls zu restituieren seien. Sie wurde dahingehend beantwortet, dass die Erträgnisse dann an die Erben des Fiduziars fallen sollten, wenn dieser mehr als die Erbschaftssubstanz übrig gelassen hatte ¹¹. Hatte der Fiduziar jedoch die Erbschaft vermindert, so fielen die Erträgnisse in den zu restituierenden Nachlass ¹².

Justinian führte mit der Novelle 108 die Bestimmung ein, dass mindestens ein Viertel ¹³ der Erbschaft auf jeden Fall dem Fideikommissar zu erhalten und herauszugeben sei ¹⁴.

Der Fiduziar durfte nun über drei Viertel der Erbschaft unter Lebenden frei verfügen, Schenkungen vornehmen, ja sogar sein eigenes Vermögen vergrössern. Er hatte dem Fideikommissar auch nicht Ersatz zu leisten, wenn er diese drei Viertel "animo intervertendi fideicommissi" vermindert hatte. Die dingliche Surrogation fand somit keine

11 Scherrer, S. 115 Anm. 11.

12 von Hammerstein-Gesmoold, S. 18 f.
Diese Lösung entsprang zweifellos auch dem Gedanken, dass es der "bona fides" widerspräche, dem Fiduziar zu erlauben, die Erträgnisse seinem eigenen Vermögen zuzuführen und daneben noch die Erbschaftssubstanz zu verringern.

13 Die sog. "Quarta Trebelliana".

14 Windscheid/Kipp, § 665, S. 706.
Den letzten Viertel durfte der Fiduziar höchstens für den Loskauf von Gefangenen, zur Bestellung einer dos oder einer Eheschenkung, oder wenn er selber in Not war, verbrauchen.

Anwendung mehr. Als Ausgleich blieb dem Fideikommissar das letzte Viertel der Erbschaft dafür auf jeden Fall, mit Ausnahme der bereits beschriebenen Fälle.

Mit dieser Regelung wollte Justinian Beweisschwierigkeiten begegnen, welche sich in der Auseinandersetzung zwischen Erben des Fiduziars und dem Fideikommissar ergaben, und ganz allgemein diese Auseinandersetzung vereinfachen. Dem Willen des Erblassers, welcher ein Fideikommissum auf den Ueberrest anordnete wurde diese neue Regelung der Novelle 108 jedoch in den wenigsten Fällen gerecht. Von einem Fideikommiss im ursprünglichen Sinne kann in diesem Zusammenhang auch nicht mehr gesprochen werden, da der Fiduziar bezüglich der drei Viertel der Erbschaft zum unbeschränkten Eigentümer wurde.

Leider bestand aber das Institut des Fideikommisses auf den Ueberrest nun während der ganzen Geltungszeit des gemeinen Rechts in dieser durch die Novelle 108 unbefriedigend gewordenen Ausgestaltung weiter ¹⁵.

Die späteren Kodifikationen gingen zum Glück dann wieder auf das Digestenrecht zurück, wie es vor dieser ungeschickten Reform durch die Novelle 108 bestanden hatte.

¹⁵ Weitere Einzelheiten über die Regelung zur Zeit des gemeinen Rechts bei von Hammerstein-Gesmoold, S. 25-46; Kipp/Coing, § 47 I 1, S. 280; Windscheid/Kipp, § 665 N. 11.

B. Das preussische Allgemeine Landrecht und
das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch

Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (ALR) hat bei den Bestimmungen über die "fideicommissarische Substitution auf den Ueberrest" die Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Fideuziars auf drei Viertel der Erbschaft aus der Novelle 108 nicht übernommen^{16,17}. Der Vorerbe kann unter Lebenden frei über die gesamte Erbmasse verfügen¹⁸, wobei ihm Schenkungen, welche auf blosser Freizügigkeit beruhen, kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung verboten sind^{19,20}.

-
- 16 ALR Teil I Titel 12 § 468: "Hat der Testator verordnet, dass die fideikommissarische Substitution nur auf das, was bei eintretendem Falle noch vorhanden sein würde, sich erstrecken solle, so kann der eingesetzte Erbe über die mit der Substitution belegte Substanz zwar unter Lebendigen, aber nicht von Todes wegen verfügen."
- 17 Mit dieser rechtlichen Ausgestaltung schuf das ALR die Möglichkeit der Berufung sukzessiver Erben. Die Bezeichnung "fideikommissarische Substitution" ist daher irreführend und wahrscheinlich eher gewohnheitsmässig beibehalten worden. Sachgemässer ist es, hier im Gegensatz zum römischen Recht von "Vorerbe" und "Nacherbe" zu sprechen.
- 18 Dernburg, § 160, S. 439.
- 19 ALR Teil I Titel 12 § 469: "Auch unter Lebendigen kann er durch Schenkungen, die auf einer blossen Freigebigkeit beruhen, das Recht des Substituten nicht vereiteln."
- 20 Im Gegensatz dazu geht das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865 noch weiter, indem in § 2522 bestimmt wird, dass der Vorerbe das, was ihm vom Erblasser hinterlassen ist, veräussern, verbrauchen und selbst verschenken kann.

Ein Recht auf Sicherheitsleistung hat der Nacherbe nicht ²¹. Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, ob der Vorerbe zur Aufnahme eines Inventars verpflichtet ist, falls der Testator darüber nichts verfügt hat. Während in der Literatur vorwiegend aus praktischen Erwägungen eine Pflicht zur Inventaraufnahme bejaht wird ²², vertritt das Königlich Preussische Obertribunal ²³ aufgrund eines Umkehrschlusses aus § 471 ALR ²⁴ die Ansicht, dass der Vorerbe zur Errichtung eines Inventars nicht verpflichtet werden könne.

Umstritten ist sodann die Frage, ob im preussischen Recht der Grundsatz: "Pretium succedit in locum rei" Geltung hat ²⁵. Dies muss aber unbedingt bejaht werden, einerseits, da ein gegenteiliger Wille des Erlassers kaum je angenommen werden dürfte, andererseits auch, weil sonst allzuleicht Vorerbschaftsvermögen in eigenes Vermögen des Vorerben "umgewandelt" werden könnte ²⁶.

-
- 21 Rudolph, S. 24.
Er besitzt ja auch keinen Anspruch, überhaupt irgend etwas aus dem Nachlass dereinst zu erhalten.
- 22 Dernburg, S. 442; v.Hammerstein-Gesmolde, S. 51 f.; Rudolph, S. 23.
- 23 Entscheid vom 20. Juni 1856, zitiert bei Rudolph, S. 22.
- 24 ALR Teil I Titel 12 § 471: "Hat der Testator dem Substituten dergleichen (d.h. eines Inventars) Vorlegung anzutragen, ausdrücklich verboten, so ist anzunehmen, dass er denselben nur auf das, was bei dem Ableben des Eingesetzten noch vorhanden sein wird, habe substituieren wollen.
- 25 v.Hammerstein-Gesmolde, S. 53 verneint dies.
- 26 Man denke nur etwa an den Verkauf im Erbschaftsvermögen vorhandener Wertpapiere unter gleichzeitigem Kauf anderer. Damit übereinstimmend Dernburg, S. 441; Rudolph, S. 24; Scherrer, S. 117.

C. Die kantonalen Kodifikationen vor Einführung des
Schweizerischen Zivilgesetzbuches _____

Vor Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches war die Nacherbeneinsetzung nur in wenigen Kantonen geregelt. Die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen waren äusserst knapp und wichen zudem bezüglich der rechtlichen Ausgestaltung des Institutes der Nacherbeneinsetzung stark voneinander ab.

In Anlehnung an den französischen Code Civil ²⁷ war die Nacherbeneinsetzung im Kanton Neuenburg, sowie in den Kantonen Luzern, Glarus, Graubünden und Zug verboten ²⁸. Die in den übrigen Kantonen geltenden Regelungen können in drei grundsätzliche Systeme eingeteilt werden ²⁹. Sie sollen jeweils anhand eines Kantons dargestellt werden.

1. In Baselstadt galt bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung nur der Zweitberufene als Erbe; der Erstberufene wurde als Nutzniesser

27 Ueber die Regelung im C.c.fr. im einzelnen siehe unten IV B.

28 Eugen Huber, S. 247 ff. Die in Frankreich zugelassenen Ausnahmen waren in diesen Kantonen nicht gestattet, wohl waren aber die bereits bestehenden Fideikomisse nicht betroffen. Veit, S. 19 ff.

29 Eugen Huber, S. 245 ff.; Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 19 ff.

behandelt ³⁰. Für den Fall einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest wurden jedoch Vor- und Nacherbe als Erben des Erblassers betrachtet ³¹.

2. Eine eigenartige Ausgestaltung bestand im Kanton Bern. Der Fiduziar (Vorerbe) wurde Eigentümer der Erbschaft ³². Beim Erbfall war ein Schatzungsinventar aufzunehmen ³³, und der Vorerbe hatte dem Zweitberufenen beim Eintritt des Nacherbfalles lediglich den Wert dieser Schatzung herauszugeben. Nur im Kanton Bern war sodann die Einsetzung zweier aufeinanderfolgender Nacherben möglich ³⁴. Die Anwartschaft des Nacherben war zudem vererblich ³⁵, falls der Erblasser nichts anderes angeordnet hatte. Die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest wurde im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch in der Praxis als zulässig erachtet ³⁶.

3. Im Kanton St. Gallen schliesslich hatte der Erstberufene die

30 §§ 69-71 des baselstädtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen von 1884.

31 Fischer, S. 123 Anm. 9; Scherrer, S. 120.

32 Civilgesetzbuch für den Kanton Bern von 1824 (CG), § 582.

33 § 581 CG.

34 § 579 CG. Die anderen Kantone liessen jeweils nur eine einzige Nacherbfolge zu.

35 Leuenberger, Vorlesungen über das Bernische Privatrecht, 2. Band, 3. und letzte Lieferung, Bern 1854, S. 475.

36 Koenig Karl Gustav, Civilgesetzbuch für den Kanton Bern, 3. Band Erbrecht, Bern 1883, S. 152.

Stellung eines Erben; er musste den empfangenen Nachlass, d.h. das Erhaltene selber, dem Zweitberufenen ausliefern ³⁷.

Die Möglichkeit, die Auslieferungspflicht zugunsten des Vorerben zu beschränken, diesem also den Verbrauch von Erbschaftsgegenständen zu gestatten, war ausdrücklich vorgesehen ³⁸.

Im Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich ³⁹ wurde die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung analog zum st. gallischen Gesetz über die Erbfolge geregelt. Die Möglichkeit einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest wird jedoch nicht erwähnt ⁴⁰.

37 St. Gallen, Gesetz über die Erbfolge (GE) vom 9.12.1808 Art. 108: "Ebenfalls ist es dem Erblasser gestattet, die Erben einander zu substituieren. Dies geschieht, indem er nach einer bestimmten Zeit oder auf einen gewissen Fall zu der Erbschaft, welche er jemandem vermacht hat, ganz oder zum Teil wieder Erben ernennt."

38 Art. 177 GE: "Der Übertragende oder Fiduziar-Erbe oder Vermächtnisnehmer hat die Pflicht, alles, was er aus der Verlassenschaft substitutionsweise erhielt, in dem Stand, in welchem es sich zur Zeit der Uebernahme befand, bei eintretendem Falle seinem Nachfolger zu überantworten; es wäre denn Sache, dass das Vermächtnis anders zu seinen Gunsten verfügt hätte."

39 §§ 1017 und 1019 (bzw. 2078 und 2080).

40 Es war jedoch möglich, ein wirtschaftlich praktisch gleiches Ergebnis durch ein resolutiv bedingtes Vermächtnis zu erreichen. Ein Beispiel aus der Praxis findet sich bei Ullmer, Privatrechtliches Gesetzbuch des Kantons Zürich, Supplementband, Zürich 1878, Nr. 3131, S. 909: Ein Erblasser hatte seiner Frau einen Teil der verfügbaren Quote vermacht und verfügt, dass derjenige Teil, den diese bei ihrem Ableben nicht verbraucht habe, an seine eigene Familie zurückfallen sollte.

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch hat von den drei geschilderten Systemen dasjenige des Kantons St. Gallen übernommen, nach welchem der Erstberufene voller Eigentümer und nicht nur Nutzniesser wird, sowie bei Eintritt des Nacherbfalles nicht nur den Schatzungswert, sondern das Erhaltene selber auszuliefern hat ⁴¹.

41 Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung, N. 23.

IV. Die Regelung in anderen geltenden Rechtsordnungen

A. Deutschland

Im Gegensatz zum ZGB ist die Nacherbeneinsetzung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ausführlich geregelt ¹. Insbesondere besteht auch eine knappe gesetzliche Regelung der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ². Dies führte dazu, dass sich schweizerische Autoren in dieser Frage am BGB orientierten ³. Deshalb wird an dieser Stelle ein Ueberblick über die bestehende Regelung im deutschen Recht gegeben.

a) Befreiung des Vorerben und deren Grenzen

Gemäss § 2136 hat der Erblasser bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung die Möglichkeit, den Vorerben von verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Beschränkungen und Verpflichtungen zu befreien. Dies sind insbesondere die Beschränkung in der Verfügung über Grundstücke und Rechte an solchen, über eingetragene Schiffe und Rechte an sol-

1 ZGB Art. 488-492 gegenüber BGB §§ 2100-2146.

2 § 2137 BGB in Verbindung mit § 2136 BGB.

3 Abravanel, S. 45.

chen ⁴, über Inhaberpapiere und Buchforderungen ⁵, hinsichtlich der Anlegung von Geld ⁶, die Feststellung eines Wirtschaftsplanes ⁷, die Verpflichtung zur Auskunftserteilung über den Bestand der Erbschaft und zur Sicherheitsleistung ⁸, sowie die Verpflichtung zur ordnungsgemässen Verwaltung und Rechenschaftsablegung ⁹, zur Einhaltung der in eigenen Angelegenheiten üblichen Sorgfalt ¹⁰, die Pflicht zum Ersatz für ordnungswidrig oder sonst im Uebermass gezogenen Früchte ¹¹ oder für Erbschaftsgegenstände, die der Vorerbe für sich verwendet hat ¹².

Die Befreiung des Vorerben kann sich auf einzelne dieser aufgezählten Pflichten beschränken, was dem Erblasser die Möglichkeit gibt, seinen Willen sehr differenziert zu verwirklichen. Wird der Vorerbe von allen in § 2136 BGB aufgezählten Verpflichtungen entbunden, so spricht man von "befreiter Vorerbschaft", beziehungsweise von "be-

4 §§ 2113 Abs. 1 und 2114 BGB.

5 §§ 2116-2118 BGB.

6 § 2119 BGB.

7 § 2123 BGB.

8 §§ 2127-2129 BGB.

9 § 2130 BGB.

10 § 2131 BGB, immerhin aber unter Ausschluss absichtlicher Benachteiligung der Nacherben (§ 2138 Abs. 2 BGB).

11 § 2133 BGB.

12 § 2134 BGB.

freiten Vorerben" ¹³. Wurde der Nacherbe vom Erblasser auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft beim Eintritt des Nacherbfalles noch übrig sein wird, so gilt der Vorerbe als von allen in § 2136 BGB aufgeführten Beschränkungen befreit ¹⁴; dasselbe ist im Zweifel anzunehmen, wenn der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll ¹⁵.

Dass bei der Einräumung des freien Verfügungsrechtes nur im Zweifel die Befreiung gemäss § 2136 BGB anzunehmen ist, bei der Nacherben-einsetzung auf den Ueberrest der Ausdruck "im Zweifel" jedoch wegge-lassen wurde, führte zur verbreiteten Auffassung, Abs. 2 sei ledig-lich Auslegungsregel, im Gegensatz zu der keine andere Auslegung zu-lassenden Vorschrift des Abs. 1 ¹⁶. Dieser Ansicht widerspricht Coing ¹⁷, welcher auch im Falle der Nacherbeneinsetzung auf den

¹³ Kipp/Coing, § 51, S. 321: Diese befreite Vorerbschaft entspricht dem fideicommissum superfuturi des römischen Rechts vor der No-velle 108. Hothorn, S. 13 weist jedoch darauf hin, dass die "be-freite Vorerbschaft" kein fester Begriff sei, da zwischen der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung und der völlig befreiten Vor-erbschaft unzählige Zwischenformen möglich seien. Wenn jedoch im folgenden von "befreiter Vorerbschaft" die Rede sein wird, ist jeweils die Befreiung von allen in § 2136 BGB aufgezählten Be-schränkungen gemeint.

¹⁴ § 2137 Abs. 1 BGB.

¹⁵ § 2137 Abs. 2 BGB.

¹⁶ Soergel/Siebert, Komm. zu § 2137 BGB, S. 385; ebenso BGB-RGRK Komm. zu § 2137 BGB, N. 1; Palandt/Keidel, Komm. zu § 2137 BGB.

¹⁷ Kipp/Coing, § 51, S. 323; neuerdings auch Staudinger, Komm. zu § 2137 BGB, N. 2.

Ueberrest die Auslegung des Testamentes dahingehend zulassen will, der Erblasser habe den Vorerben nicht von allen Verpflichtungen und Beschränkungen befreien wollen. Dieser letzteren Meinung ist an sich zuzustimmen, da im Hinblick auf § 133 BGB nicht einzusehen ist, dass allein die Ausdrucksweise, die der Erblasser gewählt hat, das Ausmass der Auslegung bestimmen sollte.

Die Rechtsstellung des Vorerben ist somit im Ergebnis die gleiche, unabhängig davon, ob der Erblasser ihm die freie Verfügung eingeräumt hat, ihn von sämtlichen Beschränkungen des § 2136 BGB befreit hat, oder den Nacherben lediglich auf den Ueberrest eingesetzt hat.

Demnach ist auch der Umfang der Herausgabepflicht in allen Fällen der gleiche ¹⁸.

Im Interesse des Nacherben sind dem Erblasser auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gewisse Grenzen gesetzt. Nicht befreien kann der Erblasser den Vorerben von der Beschränkung hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen ¹⁹, von der Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung, des Arrestes oder der Verfügung des Konkursver-

18 Der Wortlaut des § 2138 BGB scheint sich zunächst nur auf § 2137 BGB zu beziehen. Aus dem oben Gesagten kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass auch der von allen Beschränkungen befreite Vorerbe des § 2136 BGB derselben Herausgabepflicht unterliegt.

19 § 2113 Abs. 2 BGB.

walters über Vorerbschaftsvermögen ²⁰, ebensowenig von den Auswirkungen des Surrogationsprinzips ²¹ und von der Pflicht zur Inventarisation ²². Wenn auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest in den Ueberlegungen des Erblassers der Vorerbe im Vordergrund steht, so scheint doch ein gewisser rechtlicher Schutz der Interessen der Nacherben gerechtfertigt. Falls ein Erblasser den Vorerben auch von den oben genannten Beschränkungen befreien wollte, ist dieser eher als Vollerbe, belastet mit einem bedingten Vermächtnis anzusehen.

b) Rechtsstellung des befreiten Vorerben

Aus den dargelegten Grenzen der Befreiungsmöglichkeit ergeben sich die folgenden Konsequenzen für die Rechtsstellung des befreiten Vorerben:

Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, welche unentgeltlich oder zur Erfüllung eines vom Vorerben erteilten Schenkungsversprechens vorgenommen werden, sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam, falls sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen. Ausgenommen sind Schenkungen, aus Rücksicht auf den Anstand

20 § 2115 BGB.

21 § 2111 BGB.

22 §§ 2121 und 2122 BGB.

oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht²³. Unentgeltlichkeit liegt nach Ansicht des Bundesgerichtshofes dann vor, "wenn der Vorerbe, objektiv betrachtet, ein Opfer aus der Erbmasse erbringt und, subjektiv betrachtet, entweder weiss, dass diesem keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbschaftsmasse²⁴ gegenübersteht, oder doch bei ordnungsgemässer Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft an die Nacherben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen"²⁵. Gemischte Schenkungen fallen ebenfalls unter den Begriff der unentgeltlichen Verfügungen²⁶.

In bezug auf die erlaubten, sogenannten Pflichtschenkungen genügt es nicht, dass der Vorerbe sie aus reiner Nächstenliebe vorgenommen hat.

Als weitere Voraussetzung verlangt die Rechtsprechung, dass die sittliche Pflicht zulasten des Nachlasses bestanden haben müsse²⁷. Sinngemäss könnte man daher etwa sagen, dass der Vorerbe nur Schenkungen vornehmen kann, welche in Hinsicht auf die Person des Erblassers sittlich geboten waren.

23 § 2113 Abs. 2 BGB.

24 Kipp/Coing, § 49 IV 2, S. 299 Anm. 35: Es genügt jedoch, wenn die angemessene Gegenleistung ins Vermögen des Vorerben erfolgt, da er ja zum Verbrauch ermächtigt ist.

25 BGHZ 7, 274 zit. bei Palandt/Keidel, Komm. zu § 2136 BGB.

26 Kipp/Coing, § 49 IV 2, S. 300.

27 Staudinger, Komm. zu § 2113 BGB N. 57.

Auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gilt die Vorschrift des § 2115 BGB, wonach jede Verfügung über einen Gegenstand des Vorerbschaftsvermögens, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter für Eigenschulden des Vorerben erfolgte, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam ist, insoweit sie die Rechte des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt. In diesem Sinne bestimmt auch die Zivilprozessordnung, dass die Veräußerung solcher Vermögensbestandteile zu unterlassen sei und gibt den Nacherben ein Widerspruchsrecht²⁸. Eine entsprechende Bestimmung findet sich auch in der Konkursordnung²⁹. Diese Regelung scheint besonders in bezug auf die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest systemwidrig, da im allgemeinen die aktive Verfügungsfähigkeit über ein Vermögen der Passivlegitimation für Massnahmen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung entsprechen sollte³⁰. De lege lata ist jedoch die Tatsache hinzunehmen, "dass die Befugnisse des Vorerben und die Zugriffsrechte seiner Gläubiger durch § 2115 BGB nicht auf ein und dasselbe Mass beschränkt werden"³¹. Den Konkursgläubigern des Vorerben kommen nur die pfändbaren Erträge der Erbschaft zu, die ja ansonsten ins persönliche Eigentum

28 §§ 771 und 773 ZPO.

29 § 128 KO.

30 Staudinger, Komm. zu § 2115 BGB N. 3.

31 Jaeger, Komm. zu § 128 Konkursordnung N. 7.

des Vorerben gefallen wären³²; auch diese jedoch nur bis zum Eintritt des Nacherbfalles.

c) Die Stellung des Nacherben vor dem Nacherbfall

Mit dem Tode des Erblassers erwirbt der Nacherbe eine Anwartschaft auf seine künftige Erbenstellung³³. Dieser Begriff allein sagt jedoch über seine Rechtsstellung noch nicht viel aus. Von Anwartschaften wird in der Literatur³⁴ überall dort gesprochen, wo ein zur Entstehung eines subjektiven Rechtes, des sogenannten Voll-Rechts, notwendiger Tatbestand nur zum Teil eingetreten ist. Die rechtliche Natur einer derartigen Anwartschaft ist danach zu beurteilen, in welchem Ausmasse sie in der Rechtsordnung Anerkennung gefunden hat. In den einen Fällen handelt es sich um blosse Aussichten auf eine zukünftige Rechtsposition, die zwar dadurch, dass sie eine gesetzliche Grundlage haben, eine gewisse Verstärkung erfahren gegenüber der rein subjektiven Hoffnung einer Person; für den Anwarter entstehen

32 Vgl. § 2111 BGB.

33 Lange/Kuchinke, § 26 VII, S. 343.

34 Mit Ausnahme der neueingefügten Bestimmungen über den Versorgungsausgleich (§§ 1587 a ff. BGB) ist im Gesetz dieser Begriff nicht verwendet.

jedoch aufgrund des künftigen Rechts keine Vorwirkungen³⁵.

In anderen Fällen erzeugt das zukünftige Recht von Gesetzes wegen Vorwirkungen, welche die Aussicht auf den kommenden Erwerb des Voll-Rechts in einem Ausmasse sichern und in der Hand des Anwärters ver-selbständigen, dass man von einem eigentlichen Anwartschaftsrecht im Sinne eines subjektiven Rechts sprechen kann^{36,37}. Es geht daher nun darum, die Befugnisse des Nacherben während der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall im einzelnen abzuklären.

Die Anwartschaft wird vom Nacherben bereits mit dem Tode des Erb-las-sers erworben und verschafft ihm gegenüber der Vorerben eine eigen-

-
- 35 Als Beispiel kann hier etwa die Stellung des erbvertraglich ein-gesetzten Erben vor dem Erbfall angeführt werden. Eine rechtlich gesicherte Anwartschaft ist deshalb zu verneinen, weil der Erb-lasser trotz Einschränkung seiner Testierfreiheit ungehindert unter Lebenden verfügen kann und noch mehr, weil der Vertragser-be den Erblasser überleben muss, um überhaupt etwas zu erwerben (BGHZ 12, 115).
- 36 In der vorliegenden Arbeit kann es lediglich darum gehen, die Stellung des Nacherben vor dem Nacherbfall darzustellen. Für weitere Erscheinungsformen des Problems Anwartschaft oder An-wartschaftsrecht, sei auf eine demnächst erscheinende Disserta-tion von Karin Weber mit dem Titel "Die Rechtsstellung des Erben vor Eintritt des Erbfalls" verwiesen.
- 37 In diesem Zusammenhang betont richtigerweise Coing, dass die Zu-sammenfassung der Einzelbefugnisse zu einem subjektiven Recht lediglich dazu diene, die Uebertragbarkeit und Schutzfähigkeit dieser Rechtsstellung dogmatisch verständlich zu machen. Coing, § 50 I 1, S. 311. Aehnlich Staudinger, Komm. zu § 2100 BGB N. 67: "In der Denkfigur des Anwartschaftsrechts ist die recht-lich gesicherte Erwerbsaussicht des Nacherben in die Form eines absoluten subjektiven Rechts gebracht."

ständige Stellung ³⁸, deren wichtigste Merkmale in der Unentziehbarkeit und in einer gewissen Verfügungsbeschränkung des Vorerben bestehen ³⁹.

Die Anwartschaft ist auch vererblich ⁴⁰ und durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragbar ⁴¹. Dazu führte das Reichsgericht aus: "Wenn in § 2108 BGB ausdrücklich nur die Vererblichkeit und nicht auch die Veräußerlichkeit des Nacherbenrechts gesetzlich festgelegt ist, so kann das darin seinen Grund haben, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift lediglich einer an sich naheliegenden unbeschränkten Anwendung der Grundsätze des § 2074 BGB auf das Nacherbenrecht vorbeugen wollte und dass er im übrigen von der grundsätzlichen Uebertragbarkeit des Rechtes ausging" ⁴². Die Uebertragung hat in analoger Anwendung von § 2033 BGB durch notariell beurkundeten Vertrag zu erfolgen. Uebertragen wird die gesamte Rechtsstellung des Nacherben. Dem Erwerber stehen fortan die gesetzlichen Sicherungs-

38 Lange/Kuchinke, § 26 VII 1, S. 343.

39 Spöner, S. 136 f.

40 § 2108 BGB. Der Nacherbe muss lediglich den Erbfall erleben. Der Erblasser hat immerhin die Möglichkeit, die Vererblichkeit auszuschliessen, sei es ausdrücklich, sei es durch Einsetzung eines Ersatznacherben. Dies ändert jedoch an der Rechtsnatur der Anwartschaft nichts, wie sich im folgenden zeigen wird.

41 Die Uebertragbarkeit durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wurde vom Reichsgericht schon seit RGZ 33, 293 anerkannt. Kipp/Coing, § 50 I 3, S. 312 f.; Lange/Kuchinke, § 26 VII 3, S. 344 f.

42 RGZ 101, 185 (188).

rechte zu; er und nicht der Nacherbe erwirbt beim Eintritt des Nacherbfalls die Erbschaft⁴³. Aus der Uebertragbarkeit der Anwartschaft folgt sodann die Möglichkeit deren Pfändung und Verwertung durch die Gläubiger des Nacherben⁴⁴.

Neben dem Recht, selbständig über die Anwartschaft zu verfügen, bestehen verschiedene Schutzbestimmungen, die den künftigen Erwerb des Nacherben sichern und die Vereitelung dieser Aussicht durch den Vorerben verhindern sollen. Bei der befreiten Vorerbschaft sind dies insbesondere das Verbot unentgeltlicher Verfügungen⁴⁵ und der Verschleuderung von Erbschaftswerten⁴⁶. Bei unentgeltlichen Verfügun-

43 Lange/Kuchinke, § 26 VII, S. 345; Kipp/Coing, § 50 I 3, S. 313. Dieser Auffassung wurde in der Literatur schon der Vorwurf der rechtlichen Folgewidrigkeit insofern gemacht, als sie dem Grundsatz widerspreche, dass - von der gesetzlichen Erbfolge abgesehen - niemand ohne den Willen des Erblassers zum Erben berufen werden kann. Das Reichsgericht hielt dem jedoch entgegen, "dass die dem Erwerber der Erbschaft durch § 2139 BGB gegebene Möglichkeit, mit dem Tode des Vorerben unmittelbar als Rechtsnachfolger des Erblassers einzutreten, für seinen Rechtsvorgänger (sc. für den Nacherben) schon im Augenblick des Todes des Erblassers, und zwar mit dessen Willen, begründet war und im Wege der Rechtsnachfolge durch den Verfügungsakt des Nacherben auf ihn überging. Durch diese Verwertung des Nacherbenrechts seitens des Nacherben wird aber jenem vorerwähnten Grundsatz ebenso wenig zuwidergehandelt, wie durch die Verwertung des Erbrechts seitens der Erben" RGZ 101, 185 (190).

44 Kipp/Coing, § 50 I 3, S. 314; Lange/Kuchinke, § 26 VII 3, S. 346.

45 § 2113 Abs. 2 BGB.

46 Im Sinne von § 2138 Abs. 2 BGB.

gen anerkannte der Bundesgerichtshof in gewissen Fällen sogar ein Auskunftsrecht des Nacherben gegenüber dem Beschenkten ⁴⁷.

Dazu kommen: die bereits behandelte Schutzvorschrift des § 2115 BGB bezüglich Verfügungen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben sowie die Befugnis des Nacherben, ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände zu verlangen ⁴⁸ und durch Sachverständige den Zustand der Erbschaft feststellen zu lassen ⁴⁹. Befinden sich Grundstücke in der Erbmasse, so ist die Tatsache, dass eine Nacherbeneinsetzung angeordnet wurde, ins Grundbuch einzutragen, ebenso die Befreiung des Vorerben ⁵⁰. Dies gewährt dem Nacherben im Falle der befreiten Vorerbschaft einen gewissen Schutz, da bei Veräusserung durch den Vorerben dieser Nacherbenvermerk gemäss § 84 Grundbuchordnung nur gelöscht werden kann, wenn dargetan wird, dass die Verfügung nicht unentgeltlich war ⁵¹.

47 BGHZ 58, 237.

Dieser aus § 242 BGB hergeleitete Auskunftsanspruch des Nacherben muss jedoch aus den Umständen des Einzelfalles unter Abwägung der Interessen von Beschenkten und Nacherben gerechtfertigt erscheinen. Vorab ist zu denken an den Fall, wo der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben eintritt und dessen Erben keine Auskunft geben können.

48 § 2121 BGB.

49 § 2122 BGB.

50 § 51 Grundbuchordnung (GBO).

51 Staudinger, Komm. zu § 2113 BGB N. 27 ff.
Denn mit dieser Ausnahme ist der befreite Vorerbe zur Verfügung über Grundstücke berechtigt.

Die Tatsache der selbständigen Uebertragbarkeit der Anwartschaft unter Lebenden und von Todes wegen zusammen mit den zum Schutz des künftigen Rechtserwerbes bestehenden Vorschriften erlaubt es, diese Anwartschaft selber als echtes subjektives Recht des Nacherben zu bezeichnen ^{52,53}. Anders als beim gewöhnlichen Nacherben war diese Ansicht in bezug auf den Nacherben auf den Ueberrest nicht immer unbestritten. Gelegentlich wurde ausgeführt, seine anwartschaftliche Stellung sei wegen der praktisch unbeschränkten Verfügungsfreiheit des Vorerben eher mit der Stellung eines gewöhnlichen Erben vor dem Erbfall vergleichbar ⁵⁴. Seine Anwartschaft sei somit analog derjenigen des Erben unübertragbar ⁵⁵ und könne somit in keiner Weise als subjektives Recht bezeichnet werden. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Die Anwartschaft des Nacherben auf den Ueberrest wird mit dem Erbfall vererblich ⁵⁶ und somit auch unter Lebenden übertragbar. Dies ist bei der Anwartschaft des Erben vor dem Erbfall nicht der Fall. Sodann erhält seine Rechtsposition durch die oben behandelten Schutzbestimmungen gegenüber derjenigen des Erben ⁵⁷ eine erhebliche

52 Diese Ansicht hat sich heute in Deutschland in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt. Staudinger, Komm. zu § 2100 BGB N. 53 ff; Kipp/Coing, § 50 I; BGB-RGRK Komm. § 2100 BGB III.

53 Auch das BGB selber spricht an verschiedenen Stellen vom "Recht" des Nacherben: §§ 2108 Abs. 2, 2113, 2115, 2137 und 2128.

54 Forkel, S. 113.

55 Vergleiche für die diesbezügliche Begründung oben Anm. 35.

56 § 2108 BGB ist auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest anwendbar.

57 Für diesen Fall liessen sich lediglich die §§ 2287 und 2288 bezüglich erbvertraglicher Erbeinsetzungen anführen.

Verstärkung. Bei der Anwartschaft des Nacherben auf den Ueberrest ist lediglich der Vermögenswert unsicher. Nicht einzusehen ist jedoch, weshalb dies einer Veräusserung entgegenstehen sollte, falls dem Erwerber das Geschäft nicht als zu risikoreich erscheint.

Es kann demnach auch die Anwartschaft des Nacherben auf den Ueberrest als eigenes subjektives Recht bezeichnet werden.

d) Die Herausgabepflicht des Vorerben bei Eintritt
des Nacherbfalles

Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich bei der Nacherben-einsetzung auf den Ueberrest auf dasjenige, was von der Erbschaft tatsächlich noch vorhanden ist ⁵⁸, wobei der Umfang der Erbschaft nach dem Surrogationsprinzip festgestellt wird ⁵⁹. Die Erträge des Vorerbschaftsvermögens bis zum Eintritt des Nacherbfalles gehören indes-
dessen zum Vermögen des Vorerben ⁶⁰.

58 § 2138 Abs. 1 BGB.

59 § 2111 BGB. D.h. es gehört auch zur Erbschaft alles, was der Vorerbe aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts, als Ersatz für die Zerstörung von Erbschaftsgegenständen oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erlangt hat. Staudinger, Komm. zu § 2138 BGB N. 1 ff.

60 Diese absolute Regel kann jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. In dieser Hinsicht ist die viel differenziertere Lösung von Papinian für das römische Recht viel glücklicher und sachgemässer. Vgl. oben III A N. 9 und 10, S. 11.

Neben den Herausgabeanspruch treten Schadenersatzansprüche des Nacherben, falls der Vorerbe in Widerhandlung gegen § 2112 Abs. 2 unentgeltlich über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat, oder die Erbschaft sonst in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert hat ⁶¹. Ein Missbrauch, welcher den Vorerben zu Schadenersatz verpflichtet, kann auch darin bestehen, dass er mit Mitteln der Erbschaft Eigenschulden bezahlt hat ⁶², ein verschwenderisches Leben führte, welches seinem Lebensstandard nicht entsprach, oder grob leichtsinnig Investitionen tätigte, welche er mit seinem eigenen Geld nicht unternommen hätte ⁶³.

Mit dem Eintritt des Nacherbfalls trifft den Vorerben gemäss § 260 BGB eine umfassende Auskunftspflicht ⁶⁴ über das Vorerbschaftsvermögen ⁶⁵.

-
- 61 Absicht zur Schädigung des Nacherben oder zumindest Inkaufnahme einer solchen dürfte besonders dann vorliegen, wenn der Vorerbe mutwillig Nachlassgegenstände zerstört oder verschlechtert, oder, wenn er vorsätzlich Verjährungs- oder Ersitzungsfristen verstreichen lässt.
- 62 Dies dürfte jedoch schon am Verbot der unentgeltlichen Verfügung scheitern.
- 63 Staudinger, Komm. zu § 2138 Abs. 2 BGB N. 14 ff. Die allgemeine Bestimmung des § 826 kommt hier ebenfalls zur Anwendung.
- 64 Die Beschränkung der Herausgabepflicht (§ 2138 Abs. 1 BGB) ändert nichts daran, dass ein Inbegriff von Gegenständen (§ 260 BGB) herauszugeben ist und der Vorerbe zur Vorlage eines Verzeichnisses verpflichtet ist. Palandt, Komm. zu § 2136 BGB.
- 65 Diese Auskunftspflicht dürfte aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung schon als "minus in maiore" in der Herausgabepflicht enthalten sein.

B. Frankreich

a) Das Verbot der Nacherbeneinsetzung

Beeinflusst vom Gedankengut der französischen Revolution, deren besonderes Anliegen es war, die dauernde Bindung von Vermögenswerten, wie sie zur Feudalzeit bestanden hatte, abzuschaffen, wurde im Code Civil (C.c.fr.) von 1803 die Nacherbeneinsetzung dem Grundsatz nach verboten^{1,2}. Es sind vor allem drei Elemente, welche zusammentreffen müssen, damit eine "substitution" unter das Verbot des art. 896 C.c.fr. fällt: Die zeitlich getrennte Zuwendung von Vermögenswerten an mehrere nacheinander zum Zuge kommende Bedachte³, die Pflicht des Erstbedachten, die Vermögenswerte zu erhalten und auszuliefern, und schliesslich die Tatsache, dass das Erhaltene auf den Zeitpunkt des Todes des Erstbedachten an den Nachberufenen auszuliefern ist⁴.

1 Planiol/Ripert/Boulanger, no. 3863, p. 1225; Ferid, 5 C 109, S. 1448.

2 Art. 896 C.c.fr.: "Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire."

3 Sog. "double libéralité".

4 Planiol/Ripert/Boulanger, no. 3872, p. 1228; Ferid, 5 C 110 bis 112, S. 1448. Diese Bedingung geht zwar nicht aus dem Wortlaut des art. 896 C.c.fr. hervor, gilt aber als impliziert. Keine verbotene "substitution" stellt also die Testamentsbestimmung dar, wonach der Zweitberufene nicht beim Tod des Erstbedachten, sondern zu einem bestimmten, vom Erblasser bestimmten Zeitpunkt zum Zuge kommen soll. Planiol/Ripert/Boulanger, no. 3881, p. 1230.

Vom grundsätzlichen Verbot der Nacherbeneinsetzung lässt das Gesetz Ausnahmen zu, wenn Eltern im Rahmen der verfügbaren Quote ihre Kinder als Vorerben und die Enkelkinder als Nacherben einsetzen⁵, oder, wenn ein kinderloser Erblasser seine Geschwister als Vorerben und deren Kinder als Nacherben einsetzt⁶.

Das gleiche wirtschaftliche Ergebnis wie durch eine Nacherbeneinsetzung kann dadurch erreicht werden, dass der Erblasser in Form eines "double legs d'usufruit et de nue propriété" einer Person die lebenslängliche Nutzniessung und einer anderen Person das Eigentum an der Erbschaft vermacht⁷. Ein in der Praxis wichtiger und häufiger Anwendungsfall der Nacherbeneinsetzung kann jedoch auch durch diese Umgehungsmöglichkeit nicht realisiert werden, nämlich die Einsetzung einer noch nicht gezeugten Person als Nacherben⁸.

Hat der Erblasser eine verbotene "substitution" angeordnet, so ist diese Verfügung nichtig und zwar nicht nur in bezug auf die Einsetzung des Nacherben, sondern auch auf diejenige des Vorerben⁹;

5 Art. 1048 C.c.fr.

6 Art. 1049 C.c.fr.

7 Diese Konstruktion ist in art. 899 C.c.fr. ausdrücklich vorgesehen. Die Zulässigkeit ist jedoch auch dadurch zu begründen, dass es hier am zweifachen Eigentumsübergang fehlt.

8 Mazeaud, no. 1438, p. 646.

9 Art. 896 C.c.fr.; Mazeaud, no. 1432, p. 641.

die Erbschaft unterliegt sodann der gesetzlichen Erbfolge ¹⁰.

Da seit der Zeit der französischen Revolution die Nacherbeneinsetzung immer weniger als soziales Uebel und als politische Gefahr betrachtet wurde, ist auch in der Rechtsprechung die Tendenz zu beobachten, die Auswirkungen des art. 896 C.c.fr. abzuschwächen und erbrechtliche Konstruktionen anzuerkennen, welche in ihrem Ergebnis einer Nacherbeneinsetzung sehr nahe kommen ¹¹, umsomehr, als heute das praktische Bedürfnis nach dieser Verfügungsart als unbestritten gelten kann. In diesen Zusammenhang gehört auch die als art. 900-1 C.c.fr. neueingeführte Bestimmung ¹², wonach es zulässig ist, dem Erstberufenen die Pflicht aufzuerlegen, den Nachlass zu erhalten ¹³, falls dieses Verfügungsverbot einem "intérêt légitime" entspringt und zeitlich begrenzt ist ¹⁴.

10 Planiol/Ripert/Boulanger, no. 3886, p. 1232.
Enthält das Testament jedoch Bestimmungen, welche in keinem Zusammenhang mit der Anordnung der (verbotenen) Nacherbeneinsetzung stehen, so behalten diese ihre Gültigkeit. Dalloz, substitution, no. 54.

11 Mazeaud, no. 1438, p. 644 ff. mit zahlreichen Beispielen;
Planiol/Ripert/Boulanger, no. 3887, p. 1233.

12 Durch Gesetz vom 3. Juli 1971. Dalloz, inaliénabilité, no. 61.

13 Sog. "clause d'inaliénabilité".

14 Nach wie vor darf jedoch die zeitliche Begrenzung nicht im Ableben des Erstbedachten bestehen.

b) Das "legs de residuo"

Seit jeher als gültig angesehen, waren Verfügungen des Erblassers, wonach der Erstbedachte verpflichtet wurde, bei seinem Ableben dem Zweitbedachten dasjenige auszuliefern, was dann vom Empfangenen noch übrig sein werde. Dieses sogenannte "legs de residuo"¹⁵ wird vom Verbot des art. 896 C.c.fr. nicht berührt¹⁶, da für den Erstbedachten keine Verpflichtung besteht, den Nachlass bis zu seinem Ableben zu erhalten.

Wenn auch anerkannt wird, dass das "legs de residuo" eine der Nacherbeneinsetzung ähnliche Verfügungsart ist, so wird es im französischen Recht trotzdem nicht als Fall der erlaubten "substitution", sondern als "legs conditionnel" betrachtet¹⁷. Dies hat zur Folge, dass der Zweitbedachte den Tod des Erstberufenen erleben muss und

15 Auch "fidéicommiss sans inaliénabilité" genannt. Es wird im vorliegenden Abschnitt absichtlich darauf verzichtet, den deutschen Ausdruck "Vermächtnis" im Zusammenhang mit dem französischen Recht zu gebrauchen, da der französische Begriff "legs" in den wenigsten Fällen rechtlich das gleiche bedeutet, wie das deutsche Wort "Vermächtnis". Näheres zu dieser Unterscheidung bei Ferid, S. 1398 ff.

16 "Il n'y a substitution prohibée que si le disposant a imposé la double condition de conserver et de restituer; en l'absence de la condition de conserver, il y a legs de residuo valable." Arrêt du 19 mars 1963 de la Chambre civile, 1ère section civile de la Cour de cassation.

17 Dalloz, substitution no. 38; Savatier, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1971, p. 184.

sein Anspruch somit nicht vererblich ist¹⁸. Als Zweitbedachter kann jedoch eine beim Tod des Erblassers noch nicht gezeugte Person eingesetzt werden¹⁹.

Die Rechtsstellung des Erstbedachten ist, falls der Erblasser darüber nichts verfügt hat, eine viel freiere²⁰, als im deutschen Recht. Von einigen Autoren wurde sogar angenommen, der Erstbedachte sei frei, selbst durch Schenkungen unter Lebenden oder auch von Todes wegen über das Empfangene zu verfügen²¹. Diese Ansicht blieb jedoch nicht unwidersprochen²², mit der Begründung, es sei in der Anordnung eines "legs de residuo" ein Verbot jeglicher "disposition à titre gratuit" impliziert²³. Letzterer Auffassung ist schon des-

18 Planiol/Ripert/Boulanger, no. 2135, p. 681.

19 Mazeaud, no. 1435, p. 643; Dalloz, substitution, no. 38.

20 Dies kommt zum Teil daher, dass das "legs de residuo" in bezug auf die fehlende Pflicht zur Erhaltung der empfangenen Vermögenswerte deutlich von der verbotenen "substitution" zu unterscheiden sein musste. In der neueren Rechtsprechung werden etliche Beschränkungen des Erstbedachten durch den Erblasser als gültig erachtet, welche eine Unterscheidung, zumindest vom Ergebnis her, wieder schwieriger erscheinen lassen. Dazu gehören etwa das Verbot, letztwillig oder unentgeltlich über den Nachlass zu verfügen, oder die Berechtigung lediglich in Zeiten der Not über den Nachlass zu verfügen.
Dalloz, substitution, no. 40 s.; Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1972, p. 161 s.

21 Dalloz, substitution, no. 39 s. mit weiteren Zitaten.

22 Laurent, Principes du droit civil français, t 14, no. 482; Mazeaud, no. 1435, p. 643.

23 Zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung zitiert bei Mazeaud, no. 1435, note 6.

halb der Vorzug zu geben, da andernfalls gar nicht mehr von einem "legs de residuo" zugunsten des Zweitberufenen gesprochen werden kann, sondern höchstens noch von einer rechtlich in keiner Weise bindenden Bitte des Erblassers an die Adresse des Erstberufenen.

Auf Grund der bestehenden Differenzen scheint es für einen französischen Erblasser jedoch auf jeden Fall empfehlenswert, seinen diesbezüglichen Willen ausdrücklich im Testament niederzulegen.

Für Schulden des Erblassers haftet der Erstbedachte lediglich bis zur Höhe des Erhaltenen ²⁴. Da es sich beim "legs de residuo" nicht um einen Fall der erlaubten "substitution" handelt, hat der Zweitbedachte keinen Anspruch darauf, dass ein Inventar errichtet oder dem Nachlass ein Pfleger bestellt werde ²⁵.

Mit dem Tode des Erstbedachten erwirbt der Zweitberufene den Ueberrest des Nachlasses, als Nachfolger des Erblassers und nicht etwa des Erstberufenen ²⁶. Auszuliefern ist auch alles, was aus Mitteln

24 Art. 1012 C.c.fr.; Ferid, 5 C 96, S. 1444.

25 Eine analoge Anwendung der art. 1055 und 1058-1061 C.c.fr., welche die Sicherungsmassnahmen für die Fälle der erlaubten "substitution" regeln, kommt daher nicht in Frage.

26 Planiol/Ripert/Boulanger, no. 2278, p. 722 s. Dies erscheint nach der ganzen Auffassung des "legs de residuo" nicht unbedingt konsequent.

der Erbschaft angeschafft wurde und noch beim Erstberufenen vorhanden ist ²⁷. In analoger Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über das bedingte Rechtsgeschäft ist der Zweitberufene zudem zu Schadenersatz berechtigt, falls sich herausstellen sollte, dass der Erstberufene vorsätzlich seine Interessen geschädigt hatte ²⁸.

27 Ferid, 3 A 81, S. 901 f.

Denn im Falle eines "legs de residuo" wird trotz dem im französischen Recht bestehenden Grundsatz der Vermögenseinheit in Hinsicht auf die Surrogation das Vorliegen eines Sondervermögens anerkannt.

28 Art. 1182 al. 2 C.c.fr.

2. KAPITEL: DIE AUSGESTALTUNG NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT IM EINZELNEN

I. Die Anordnung der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest

A. Form

Die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ist ein Institut der gewillkürten Erbfolge¹. Ihre Anordnung hat in einer der vom Gesetz für Verfügungen von Todes wegen vorgesehenen Formen² zu erfolgen; sie tritt nicht von Gesetzes wegen ein³.

Aus dem Wortlaut der Verfügung muss hervorgehen⁴, dass der Erblasser zwei sukzessive Erbfolgen begründen und den erstberufenen Erben zum Verbrauch berechtigen wollte; ist eine Anordnung im letzteren Sinne nicht ersichtlich, so bleibt es bei den Beschränkungen des Vor-
erben aufgrund der Bestimmungen über die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung⁵.

-
- 1 Escher, Vorbemerkungen zu Art. 488-493 ZGB N. 2.
Hierin unterscheidet sich die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nicht von der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung.
- 2 Art. 498-507 ZGB.
- 3 Betreffend konstruktiver Nacherbschaft vergleiche unten.
- 4 Allenfalls aufgrund der Auslegung.
- 5 Tuor, N. 30 zu Art. 491 ZGB.

Die Begründung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ist auch durch Erbvertrag möglich. Vertragspartner des Erblassers können Vorerben und Nacherbe zusammen oder auch nur einer von beiden sein ⁶. Im letzteren Falle ist es möglich, nur den Vorerben vertraglich, den Nacherben aber durch einseitige Verfügung einzusetzen, indem die Berufung des Nacherben nicht zum Gegenstand der vertraglichen Einigung gemacht wird. Eine diesbezügliche Bestimmung könnte etwa lauten:

"In Hinsicht auf die verfügbare Quote soll meine Ehefrau Vorerbin mit freiem Verbrauchsrecht und ohne Pflicht zur Sicherstellung sein. Der bei ihrem Ableben noch vorhandene Ueberrest soll alsdann meinem Neffen Y als Nacherben zufallen, falls ich in dieser Hinsicht nicht noch anderweitige Anordnungen treffe" ⁷.

In diesem Erbvertrag zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau handelt es sich in bezug auf die Einsetzung des Nacherben um eine letztwillige Verfügung, welche vom Erblasser frei widerrufen werden kann ⁸.

Die Bezeichnung von Vor- und Nacherben muss durch den Erblasser persönlich vorgenommen werden, wobei auch Fälle der konstruktiven Nach-

6 Frey, S. 26; Bohny, S. 324.

7 Die Bezeichnung als "Vorerbe" und "Nacherbe" wäre in diesem Beispiel nicht einmal notwendig, um diese Anordnung als Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest zuzulassen.

8 Escher, N. 1 zu Art. 488 ZGB; Tuor, N. 1 zu Art. 488 ZGB.

erbeneinsetzung denkbar sind. Von konstruktiver Nacherbeneinsetzung wird gesprochen, wenn durch Ergänzung des erblasserischen Willens seine gesetzlichen Erben Vor- beziehungsweise Nacherben werden, weil der Erblasser entweder

- eine bestimmte Person unter Anordnung einer Suspensivbedingung oder eines Anfangstermins zum Erben einsetzte, ohne zu bestimmen, wer bis dahin Erbe sein solle

oder

- eine bestimmte Person unter Anordnung einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins zum Erben einsetzte, ohne zu bestimmen, wer danach die Erbschaft erhalten solle ⁹.

Im ersten Fall kann es sich nie um eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest handeln, da die als Vorerben eintretenden gesetzlichen Erben ohne ausdrückliche Ermächtigung des Erblassers nicht zum Verbrauch der Erbschaftssachen berechtigt sind. Der zweite Fall kann hingegen dann eintreten, wenn der Erblasser ohne Bezeichnung eines Nacherben etwa bestimmt:

"Die verfügbare Quote soll meiner Ehefrau zukommen mit dem Recht, diese bis zu ihrem Tode, falls notwendig, frei für sich zu verbrauchen; Schenkungen unter Lebenden oder Verfügungen von Todes wegen darüber sind ihr untersagt."

⁹ Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 8-10. Zwar unterscheidet Tuor als dritte Gruppe noch die Einsetzung einer noch nicht geborenen Person, räumt dann aber selber ein, dass dieser Fall ebenfalls unter die erste Gruppe subsumiert werden könne.

In der Praxis dürften solche Beispiele jedoch die Ausnahme bilden, da der Erblasser, welcher seine Ehefrau in der obigen Art in ihrer Verfügungsfähigkeit beschränkt, ganz bewusst verhindern wollte, dass nach ihrem Tode deren Erben zum Zuge kommen. Im gleichen Zusammenhang dürfte er sich dann aber auch überlegt haben, wem der Ueberrest der Erbschaft nach dem Tode seiner Ehefrau sonst zufallen solle. Hat sich der Erblasser jedoch darüber Gedanken gemacht, so wird er dies auch regelmässig in seiner letztwilligen Verfügung durch Nennung der Person des Nacherben zum Ausdruck bringen.

Der typische Fall der konstruktiven Nacherbschaft ist aber gerade derjenige, bei welchem sich der Erblasser gar nicht bewusst war, dass er eine Nacherbeneinsetzung anordnete, beziehungsweise, dass seine letztwillige Verfügung nur durch eine diesbezügliche Ergänzung von Gesetzes wegen aufrechterhalten werden kann ¹⁰. Dies dürfte bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest aber kaum je der Fall sein.

10 Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 7.

B. Möglichkeiten der Ausgestaltung

Massgebend für die Gestaltung der Befugnisse des Vorerben ist der Wille des Erblassers. Dieser ist grundsätzlich frei zu bestimmen, in welchem Umfange und von welchen gesetzlichen Pflichten und Beschränkungen er den Vorerben befreit ¹.

Gesetzliche Schranken bestehen nur insoweit, als der Erblasser nicht mehr als zwei Gesamtnachfolgen regeln (Art. 488 Abs. 2 ZGB) und eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nur im Rahmen der verfügbaren Quote anordnen darf. Die Belastung ihrer Pflichtteile mit einer Auslieferungspflicht an einen Nacherben brauchen sich die Pflichtteils-erben nicht gefallen zu lassen ². In einem Erbvertrag hingegen kann eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest bezüglich des gesamten, dem Vorerben zufallenden Erbteils vereinbart werden. Eine solche Vertragsbestimmung ist als gleichzeitiger Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch (Erbverzicht i.e.S.) zu betrachten ³. Eine zeitliche

1 Tuor, N. 30 zu Art. 491 ZGB.

Soweit es sich nicht um zwingende gesetzliche Bestimmungen handelt. Dazu unten vor allem II. und III.

2 Ausdrücklich festgehalten in Art. 531 ZGB. Betreffend Geltendmachung einer derartigen Pflichtteilsverletzung: Tuor, N. 3-5 zu Art. 531 ZGB; Escher, N. 2-5 zu Art. 531 ZGB.

3 Spirig, S. 215.

Begrenzung der Wirksamkeit der Nacherbeneinsetzung hat der schweizerische Gesetzgeber nicht aufgestellt ⁴.

PIOTET ⁵ stellt hier insbesondere bezüglich der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung eine Gesetzeslücke fest und weist auf ein Beispiel hin, bei welchem trotz Verbots der mehrfachen Substitution nur durch eine zeitliche Begrenzung die vom Gesetzgeber nicht gewollten Auswirkungen der lange andauernden Bindung von Vermögenswerten vermieden werden könnten: Ein Erblasser setzt einen Vorerben ein und bestimmt den Auslieferungszeitpunkt an die Gemeinde Lausanne (als Nacherbin) auf das Jahr 2200. Wegen der konstruktiven Nacherbschaft würden so während mehr als 200 Jahren die Erben des Vorerben und deren Erben aufeinanderfolgen, was dem Sinn des Art. 488 Abs. 2 ZGB widerspräche. Als Lösung schlägt er die analoge Anwendung des Art. 749 Abs. 2 ZGB vor, wo für die Nutzniessung juristischer Personen eine Höchstdauer von 100 Jahren festgelegt wird.

Eine Notwendigkeit zur Heranziehung von Bestimmungen über die Nutz-

4 Im Gegensatz zu § 2109 BGB, wonach die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam wird, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist.

5 Piotet, § 20 II, S. 106.

niessung dürfte hier jedoch nicht bestehen ⁶. Eine Testamentsbestimmung im obigen Sinne ist als Versuch zur Gesetzesumgehung zu betrachten, welche schon aufgrund von Art. 2 ZGB nicht geschützt werden könnte ⁷. Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest drängt sich eine zeitliche Begrenzung zudem wegen der fehlenden Pflicht zur Substanzerhaltung noch viel weniger auf. Die rechtspolitischen Bedenken bezüglich übermässiger Vermögensbindungen, welche im deutschen Recht zu einer zeitlichen Beschränkung geführt haben ⁸, fallen bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nicht ins Gewicht. Dieser Gedanke war es auch, der im französischen Recht dazu geführt hatte, dass trotz grundsätzlichen Verbots der Nacherbeneinsetzung das "legs de residuo" immer als zulässige Verfügungsart angesehen wurde ⁹.

Abgesehen von den bestehenden gesetzlichen Beschränkungen hat der Erblasser zahlreiche Möglichkeiten für die Ausgestaltung der Vorerbenrechte. Insbesondere kann er dem Vorerben das freie Verbrauchsrecht lediglich für einen Bruchteil des Vorerbschaftsvermögens

6 Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest wäre überdies im Gegensatz zur gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung eine analoge Anwendung von Bestimmungen bezüglich Nutzniessung wegen des grossen Unterschiedes der beiden Institute kaum gerechtfertigt.

7 Escher, N. 5 f. zu Art. 488 ZGB.

8 Staudinger, Kommentar zu § 2109 BGB N. 1.

9 Vergleiche oben 1. Kapitel IV B b, S. 38.

einräumen und den Rest den Regeln über die gewöhnliche Nacherbeinsetzung unterstellen ¹⁰ oder auch bestimmte Nachlassgegenstände, wie zum Beispiel das Familienstammhaus dem Verfügungsrecht des Vorerben entziehen. Die Befreiung des Vorerben kann mit Bedingungen, wie etwa mit dem Eintreten einer Notlage verbunden werden ¹¹. Angesichts der oft anzutreffenden Unklarheit solcher Bedingungen und der dadurch entstehenden Unsicherheit über deren Eintritt, ist von derartigen Formulierungen in Hinsicht auf die Vermeidung von Erbstreitigkeiten abzuraten.

Im allgemeinen bieten Nacherbschaften auf den Ueberrest, bei denen der Erblasser die Rechte und Pflichten des Vorerben im einzelnen geregelt hat, für die Rechtsanwendung keine allzu grossen Probleme. Obwohl mangels ergänzender Gesetzesbestimmungen dem Erblasser dringend zu empfehlen ist, die Stellung des Vorerben ausführlich zu umschreiben, ist dies leider nur selten der Fall. Meistens ist in Verfügungen von Todes wegen nur von einem "freien Verbrauchsrecht des Vorerben" die Rede oder davon, dass "der Nacherbe dasjenige erhalten

-
- 10 Beispielsweise kann er ihn nur zum freien Verbrauch eines Drittels der Vorerbschaft ermächtigen. Davon ist jedoch die Bestimmung zu unterscheiden, wonach der Vorerbe zum Verbrauch einer bestimmten Sache (z.B. des Betrages auf einem bestimmten Bankkonto) ermächtigt wird; hierbei handelt es sich um ein Vorausvermächtnis.
- 11 Beispiel: "Die verfügbare Quote soll meiner Ehefrau als Vorerbin und nach deren Ableben unseren Kindern als Nacherben zukommen; falls notwendig darf meine Frau davon auch einen Teil für sich verbrauchen."

solle, was dereinst noch vorhanden sei". Es muss daher im folgenden vor allem darum gehen, zu untersuchen, was zu gelten hat, wenn der Erblasser seinem Willen nicht im Detail Ausdruck verliehen hat.

C. Auslegung

Im letzten Abschnitt wurde dargestellt, wie eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest angeordnet werden kann. In der Folge ist nun zu untersuchen, welche Gesichtspunkte bei der Auslegung unklarer Verfügungen von Todes wegen zu einer Klärung der Frage, ob eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gemeint war, beitragen können.

a) Bei Testamenten

Durch Auslegung wird bei Testamenten versucht, den wahren Willen des Erblassers zu ermitteln, wobei sie jedoch zu keinem Ergebnis führen darf, für welches sich im Wortlaut des Testamentes keine Anhaltspunkte finden ^{1,2}.

-
- 1 Escher, Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen N. 13; Tuor, Vorbemerkungen zum dritten Abschnitt N. 11 ff; Piotet, § 33 II; Fischer, S. 124.
 - 2 Man spricht vom Willensprinzip, welches durch das Erklärungsprinzip eingeschränkt wird.
Piconi, S. 60 f.

Für die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest bedeutet dies, wie schon früher erwähnt ³, dass sich irgendwie aus dem Text die Anordnung zweier sukzessiver Gesamtnachfolgen mit Verbrauchsrecht des Erstbedachten ergeben muss. Der Wortlaut kann in Hinsicht auf die oft untechnische Anwendung erbrechtlicher Begriffe in letztwilligen Verfügungen keine entscheidende Rolle spielen ⁴. So ist es beispielsweise nicht erforderlich, dass die Ausdrücke "Vorerbe" und "Nacherbe des Ueberrestes" verwendet werden. Zur Illustration können folgende Beispiele angeführt werden, die in der Praxis als Nacherbeneinsetzungen auf den Ueberrest betrachtet wurden:

"Sollten von den Ersparnissen bei ihrem (sc. der als Erbin eingesetzten Ehefrau des Erblassers) Heimgange etwelche Ersparnisse vorhanden sein, so wünsche ich, dass dieselben unter meine Verwandten zur Verteilung kommen" ⁵.

In dem anderen Fall hatte der Testator bestimmt:

"Meine Ehefrau soll für ihre Lebenszeit den kautions- und rechnungsfreien Besitz und Niessbrauch meines ganzen Nachlasses bekommen und nicht verpflichtet sein, irgend jemandem irgendwelche Rechnung abzulegen. Nach dem Tode meiner Frau sollen ihre Enkel Erben des Nachlasses werden."

3 Oben I.A., S. 42.

4 Dies ergibt sich auch aus Art. 18 OR.

5 ZR 15, 123 zitiert bei Frey, S. 16.

In dieser Formulierung erblickte das Reichsgericht ebenfalls eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ⁶.

b) Bei Erbverträgen

Bei unklaren Bestimmungen in Erbverträgen ist die Ermittlung des Willens des Erblassers nicht mehr einziges Ziel der Auslegung, da der Tatsache Rechnung zu tragen ist, dass bei der Errichtung ein zweites Rechtssubjekt mitwirkte, welches die Willenserklärung des Erblassers entgegennahm und dem Vertragsinhalt so zugestimmt hat, wie es ihn verstanden hat oder verstehen konnte ⁷. In Anbetracht dieser Interessenlage wird hier vor allem auf den übereinstimmenden Willen der beiden Vertragsparteien zur Zeit des Vertragsabschlusses abgestellt, unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzipes ⁸. Als Beispiel kann hier der bereits erwähnte Entscheid des Bundesgerichtes ⁹ angeführt werden, wo es vor allem darum ging, ob der erbvertraglich bestimmte Dritte, welcher nach dem zweitversterbenden Ehegatten zum Zuge kommen sollte, lediglich Erbe des Zweitversterbenden sei, oder bezüglich des noch vorhandenen Nachlasses des Erstverstorbenen daneben

6 RGZ 69, 258 zitiert bei Hauser, S. 18.

7 Giacometti, S. 44 f.

8 Diese Auslegungsregel steht in den meisten Fällen im Vordergrund. BGE 62 II 134; für Einzelheiten Picononi, S. 90 ff.; Becker, N. 1 ff. zu Art. 18 OR; Jäggi/Gauch, N. 299 ff. zu Art. 18 OR.

9 BGE 95 II 519. Zum Sachverhalt vgl. oben, 1. Kapitel I Anm. 7, S. 2.

noch Nacherbe auf den Ueberrest des Erstverstorbenen sei. Die umstrittene Bestimmung des Erbvertrages hatte gelautet:

"III. Ils (sc. die Ehegatten) conviennent, à titre de disposition irrévocable, que le survivant d'eux sera l'unique héritier, soit légataire universel, du premier mourant.

"IV. Ils conviennent enfin, également à titre de disposition irrévocable, que la succession du survivant d'eux sera dévolue de la façon suivante:

..... (es folgen Vermächtnisse)

c) Sous réserve de ce legs, l'héritier unique et universel du survivant des époux sera X ou, à son défaut, ses descendants par représentation."

Das Bundesgericht kam zum Schluss, die Vertragsparteien hätten die gegenseitige Erbeinsetzung mit einer Nacherbeneinsetzung verbunden, unter gleichzeitigem gegenseitigen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht. Leider fehlt jedoch eine nähere Begründung dieses Standpunktes, welcher denn auch zu lebhafter Kritik Anlass gab¹⁰.

Allein, wenn man vom Ausdruck "héritier unique" in Ziffer III absieht, der für sich allein ja nicht entscheidend sein kann, so ist

¹⁰ Anderer Meinung vor allem: Giacometti, S. 60 ff.; Petitjean, S. 357; Widmer, S. 81 ff.

die unwiderrufliche ¹¹ Einsetzung des X, die bei Vertragsschluss von beiden Parteien gewollt war, gar nicht anders möglich, als durch Annahme einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest. Nur so war jeder Vertragspartner sicher, dass wenigstens der Ueberrest des eigenen Nachlasses dem X dereinst zu gute kommen würde ¹².

Diese Absicht der Vertragsparteien wird jedoch nicht verwirklicht mit der Lösung der Gegner des bundesgerichtlichen Entscheides, welche im vorliegenden Vertrag eine doppelte Erbeinsetzung sehen, wobei der X lediglich Erbe des Zweitversterbenden sein soll. Dadurch würde sich ein später entstehendes Pflichtteilsrecht auf das gesamte Vermögen in der Hand des Überlebenden Ehegatten beziehen. Eine solche Absicht hatten die Vertragspartner bei Vertragsabschluss jedoch sicher nicht, da damals gar keine Pflichtteilserben vorhanden waren. Ihr damaliger Wille wird durch die bundesgerichtliche Auslegung daher höchstwahrscheinlich besser verwirklicht.

Im allgemeinen dürften bei Erbverträgen die Entstehung von Auslegungsproblemen seltener sein, als bei Testamenten, da durch die Not-

11 Durch den Ausdruck "l'héritier unique et universel".

12 Selbstverständlich kann nicht verhindert werden, dass im Nachlass des Zweitversterbenden eventuell neu entstehende Pflichtteilsrechte berücksichtigt werden müssen. Mit der Auslegung des Bundesgerichtes kann jedoch wenigstens bezüglich des eigenen Nachlasses des Erstversterbenden die Absicht verwirklicht werden, "den X unwiderruflich nach Ableben des Zweitversterbenden zu bedenken".

wendigkeit der öffentlichen Beurkundung die Verfügungen in der Regel klarer abgefasst sind.

Verschiedentlich wurde schon die Ansicht vertreten, es müsse schon auf das Vorliegen einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest geschlossen werden, wenn der Vorerbe in einem Testament oder durch Erbvertrag von der Sicherstellungspflicht befreit worden sei ¹³. Eine solche Dispensation für sich allein impliziert jedoch nicht ohne weiteres ein Recht zum Verbrauch des Vorerbschaftsvermögens. Um einen solchen Schluss zu ziehen, müssten sich in der Verfügung noch andere Anhaltspunkte vorfinden ¹⁴, welche dafür sprechen, dass der Erblasser den Vorerben zum Verbrauch der Erbschaft ermächtigen wollte.

13 Giacometti, S. 29. Für das deutsche Recht besteht in § 2137 BGB, wenn der Vorerbe von allen gesetzlichen Einschränkungen befreit worden ist, eine solche Auslegungsregel.

14 Tuor, N. 31 zu Art. 491 ZGB; Hauser, S. 19; Fischer, S. 125.

II. Sicherungsmassnahmen

A. Inventaraufnahme

In allen Fällen der Nacherbeneinsetzung hat die zuständige Behörde die Aufnahme eines Inventars anzuordnen ¹. Diese Massnahme, welche im Kanton Zürich immer mit einer Schätzung verbunden wird ², dient dem Schutz des Vorerben, wie auch des Nacherben. Dem Nacherben ermöglicht das Inventar, bei Eintritt des Nacherbfalles den Umfang seines Herausgabeanspruchs festzustellen, den Vorerben schützt es vor übermässigen Forderungen des Nacherben ³.

Bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung wird die Inventaraufnahme allgemein als zwingendes Recht angesehen ⁴. Es stellt sich aber die Frage, ob dies auch für die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest zu gelten habe. Allein der Wortlaut des Gesetzes, "in allen Fällen der Nacherbeneinsetzung...", kann nicht entscheidend sein, da die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest im ZGB gar nicht erwähnt ist. LUTZ ⁵ vertritt die Ansicht, die ratio legis, welche bei der gewöhnlichen

¹ Art. 490 Abs. 1 ZGB. Im Kanton Zürich ist gemäss § 215 Ziff. 16 ZPO der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig.

² Frey, S. 49 mit weiteren Zitaten.

³ Tuor, N. 3 zu Art. 490 ZGB; Hauser, S. 41.

⁴ Escher, N. 3 zu Art. 490 ZGB; Tuor, N. 4 zu Art. 490 ZGB; Hauser, S. 40; Lutz, S. 28; Scherrer, S. 121.

⁵ Lutz, S. 28.

Nacherbeneinsetzung zur zwingenden Anordnung der Inventaraufnahme geführt habe, sei bei derjenigen auf den Ueberrest hinfällig, da der Vorerbe zum Verbrauch der Erbschaft berechtigt sei.

Dies trifft jedoch nicht zu, denn das Verbrauchsrecht des Vorerben ist auch in diesem Fall kein unbeschränktes. Der Nacherbe hat hier genau gleich ein berechtigtes Interesse daran, den Bestand der Hinterlassenschaft zu erfahren, denn nur so ist es ihm möglich, beim Eintritt des Nacherbfalles zu beweisen, welche Vermögenswerte zur Vorerbschaft gehören und, dass ihm eventuell Schadenersatzansprüche aus Verfügungen des Vorerben, welche durch sein Verbrauchsrecht nicht gedeckt waren, zustehen. Dem steht ein namhaftes Interesse des Nacherben nicht entgegen, weshalb auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ein Inventar zu errichten ist ⁶. Diese Meinung hat sich in der Literatur ⁷, wie in der Rechtsprechung ⁸ auch mehrheitlich durchgesetzt.

In diesem Inventar ist die gesamte Erbschaft mit Aktiven und Passiven aufzunehmen und nicht etwa nur der Teil, welcher auf den Vorerben

6 Dabei kann auch auf die deutsche Regelung verwiesen werden, wo der Erblasser den Vorerben von der Pflicht, dem Nacherben gemäss § 2121 BGB ein Inventar mitzuteilen, nicht befreien kann.

7 Tuor, N. 4 zu Art. 490 ZGB; Escher, N. 3 zu Art. 490 ZGB; Scherrer, S. 121; Frey, S. 48; Hauser, S. 40 f.; Guisan, S. 234; Schiller, S. 356; Fischer, S. 126.

8 ZR 14, 84; ZR 17, 69.

entfällt⁹. In denjenigen Kantonen, welche eine Erbschaftssteuer erheben, ist diese Kontroverse schon deshalb hinfällig geworden, weil bei jedem Erbfall von der Steuerbehörde ein Inventar errichtet wird.

B. Sicherstellung

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob der Vorerbe dann, wenn der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest verfügt hat, von der Sicherstellungspflicht befreit ist. Im Gegensatz zur Bestimmung über die Inventaraufnahme stellt Art. 490 Abs. 2 ZGB dispositives Recht dar; der Erblasser kann durch ausdrückliche Anordnung dem Vorerben die Sicherstellung erlassen. Der Gesetzestext, welcher von "ausdrücklicher" Befreiung spricht, scheint dafür zu sprechen, dass bei Schweigen des Erblassers auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest Sicherstellung zu leisten ist¹.

Die Frage bedarf jedoch einer etwas differenzierteren Betrachtung. Wie ESCHER selber einräumt, genügt es entgegen der Formulierung des Art. 490 Abs. 2 ZGB, "wenn sich der Dispenswille des Erblassers unzweideutig aus der Verfügung selber ergibt, auch wenn nicht expres-

9 Tuor, N. 6 zu Art. 490 ZGB; Scherrer, S. 121; Escher, N. 3 zu Art. 490 ZGB.

1 Diese Ansicht vertreten Scherrer, S. 123; Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB; Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 11.

sis verbis vom Erlass der Sicherstellung die Rede ist" ². In diesem Sinne erblickte das Bundesgericht eine Befreiung von der Sicherstellungspflicht in der Formulierung eines Testamentes, "...meine Frau als Vorerbin meiner Tochter Renate an 9/32 soll uneingeschränktes Recht der Verfügung und Verwaltung an diesem Vermögensteil haben" ³.

Im Zweifel ist somit in jeder Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest eine stillschweigende Befreiung von der Sicherstellungspflicht zu sehen ⁴. Andernfalls würde das freie Verbrauchsrecht, welches der Erblasser dem Vorerben einräumen wollte, zunichte gemacht.

In einer neueren Entscheidung hat sich das Bundesgericht dieser Meinung angeschlossen ⁵. Es führt dazu aus: "Das Recht des Vorerben, nach seinem Gutdünken über die auf ihn übergegangene Erbschaft zu verfügen, schliesst aus, dass seine Verfügungsmacht darüber beschränkt werden kann. Das geschähe aber, wenn seine Auslieferungspflicht im Grundbuch vorgemerkt würde" ⁶. ... Mit dem Recht des

2 Escher, N. 5 zu Art. 490 ZGB.

3 BGE 79 I 260.

4 Gleiche Ansicht Lutz, S. 28; Frey, S. 52; Hauser, S. 29; Fischer, S. 128 f.

5 BGE 100 II 92 = Praxis 1974 Nr. 279.

6 Es wäre kaum jemand bereit, zu einem vernünftigen Preis ein Grundstück zu erwerben, von dem er weiss, dass der Nacherbe es zu gegebener Zeit herausverlangen kann.

Vorerben zum Verbrauch der Erbschaftsgegenstände lassen sich aber auch die anderen denkbaren Formen der Sicherstellung, vor allem Pfänder und Bürgschaften, nicht vereinbaren. Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest hat der Nacherbe nur Anspruch darauf, beim Tod des Vorerben zu erhalten, was übriggeblieben ist. Den Wert des Ueberrestes kann man nicht zum voraus kennen. Daher kann der Vorerbe nicht verpflichtet werden, eine, sei es auch nur teilweise Sicherheit zu leisten."

Zweifellos besteht auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ein gewisses Interesse des Nacherben an einer Sicherstellung, vor allem in Hinsicht auf mögliche Schadenersatzansprüche aus unbefugtem Verbrauch des Vorerben ⁷. Demgegenüber stehen jedoch die Interessen des Vorerben, welche hier nach dem Willen des Erblassers den Vorrang haben ⁸. Dies hat der Nacherbe als Folge der Tatsache in Kauf zu nehmen, dass er vom Erblasser, welcher eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest anordnete, gegenüber dem Vorerben eher als "Nebenfigur" betrachtet wurde.

Zum Vergleich kann auch in dieser Frage wiederum auf die deutsche Regelung verwiesen werden, wo im Sinne einer Auslegungsregel in

7 Hat der Vorerbe sogar die ganze Vorerbschaft verschleudert und schlagen dessen Erben die Erbschaft aus, so geht der Nacherbe völlig leer aus.

8 Fischer, S. 129.

§ 2137 BGB angeordnet ist, dass im Falle der Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest die Befreiung von der Sicherstellungspflicht anzunehmen sei ⁹.

C. Erbschaftsverwaltung

Als weitere Sicherungsmassnahme sieht das Gesetz die Anordnung der Erbschaftsverwaltung für den Fall vor, dass der Vorerbe die Sicherstellung nicht zu leisten vermag oder, dass er die Anwartschaft des Nacherben gefährdet ¹.

Aufgrund der obigen Ausführungen zur Frage der Sicherstellung ist zum vornherein die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters infolge Unvermögens des Vorerben zur Sicherstellung auszuschliessen, da eine solche Pflicht bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nicht besteht.

Indessen besteht auch hier die Möglichkeit, dass die Anwartschaft des Nacherben gefährdet wird, indem der Vorerbe beispielsweise das ihm eingeräumte Recht zum Verbrauch der Erbschaft offensichtlich missbraucht, oder bei offenkundiger Unfähigkeit des Vorerben zur

9 Vgl. oben 1. Kapitel IV A a, S. 20.

1 Art. 490 ABs. 2 ZGB.

Vermögensverwaltung. Gerade in Hinsicht auf den Wegfall der Sicherstellung seiner allfälligen Schadenersatzansprüche muss der Nacherbe in solchen Fällen die Möglichkeit haben, die Vorerbschaft unter Erbschaftsverwaltung stellen zu lassen². Für das Vorliegen einer Gefährdung ist der Nacherbe beweispflichtig³. Dabei ist es nicht notwendig, dass ein Schaden bereits eingetreten ist⁴; andererseits vermag die Tatsache des Kapitalverzehr eine solche Gefährdung bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest auch nicht zu begründen. Kriterium muss vielmehr das dem Vorerben zustehende Verfügungs- und Verbrauchsrecht sein, für dessen Umfang in erster Linie der Wille des Erblassers, in zweiter Linie die allgemeinen in der vorliegenden Arbeit entwickelten Grundsätze massgebend sind⁵.

Die Folgen der Anordnung der Erbschaftsverwaltung bestehen darin, dass dem Vorerben das Recht, selbständig über das Erbschaftsvermögen zu verfügen, entzogen wird. Entsprechend diesen weitreichenden Konsequenzen muss denn auch eine erhebliche Gefährdung vorliegen. Selbstverständlich hat ihm der Erbschaftsverwalter jedoch daraus weiterhin alle Mittel zur Verfügung zu stellen, die zu verbrauchen er berechtigt ist; dessen Aufgabe besteht lediglich in der Verhinderung unberechtigten Verbrauchs.

² Spirig, S. 222; Piotet, § 20 VIII, S. 123; In BGE 100 II 92 wurde die Frage offengelassen.

³ Escher, N. 9 zu Art. 490 ZGB.

⁴ Tuor, N. 19 zu Art. 490 ZGB.

⁵ Insbesondere unten III. B, S. 76.

D. Willensvollstreckung

In jedem Falle der Nacherbeneinsetzung hat der Erblasser die Möglichkeit, einen Willensvollstrecker mit dem Vollzug seiner letztwilligen Anordnungen zu beauftragen. Die Besonderheit des Institutes der Nacherbeneinsetzung hat zur Folge, dass dessen Amt, welches den Nacherbfall und die damit zusammenhängenden Geschäfte mitumfasst, unter Umständen etliche Jahre dauern kann ¹. Die Willensvollstreckung gehört deshalb, zumindest was ihre Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben anbelangt, zum Kreis der Sicherungsmassnahmen ².

Die Einsetzung eines Willensvollstreckers ist im übrigen ein sehr taugliches und empfehlenswertes Mittel zur gleichmässigen Interessenwahrung ³. Da seine Tätigkeit unter behördlicher Aufsicht steht ⁴, ist der Vorerbe gegen eine Weigerung, ihm die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen, zur Beschwerdeerhebung befugt; desgleichen der Nacherbe, falls der Willensvollstrecker seine Befugnisse durch über-

1 Diese Verpflichtung geht der Willensvollstrecker bei der Nacherbeneinsetzung mit der Annahme seines Amtes ein. Tuor, N. 40 zu Art. 518 ZGB; Escher, N. 22 zu Art. 518 ZGB.

2 Im Falle der Anordnung einer Erbschaftsverwaltung ist diese einem eingesetzten Willensvollstrecker zu übertragen (Art. 554 Abs. 2 ZGB).

3 Scherrer, S. 127 f.

4 Art. 595 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 518 Abs. 1 ZGB.

mässige Leistungen an den Vorerben überschreitet ⁵. Daneben kommt auch eine Klage des Vorerben im ordentlichen Verfahren in Betracht, da es sich bei der Frage des Umfangs des Verbrauchsrechts um eine solche des materiellen Rechts handelt ⁶.

Zudem macht sich der Willensvollstrecker bei Pflichtverletzungen nach den Regeln des Auftragsrechts unter Umständen Schadenersatzpflichtig. Aufgrund der möglicherweise langen Dauer der Willensvollstreckung ist der Erblasser gut beraten, die Nachfolge in dieses Amt für den Fall des vorzeitigen Ablebens des eingesetzten Willensvollstreckers zu regeln ⁷. Dies kann entweder durch Bestimmung von Ersatzwillensvollstreckern geschehen oder dadurch, dass eine juristische Person ⁸ mit der Willensvollstreckung beauftragt wird.

5 Im Kanton Zürich beim Einzelrichter im summarischen Verfahren (§ 218 ZPO) am letzten Wohnsitz des Erblassers.

6 BGE 48 II 308; BGE 49 II 12; Jean Lob, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit Suisse, Fribourg 1952, S. 111 f.; Escher, N. 27 zu Art. 518 ZGB.

7 Scherrer, S. 128.

8 Beispielsweise eine Treuhandgesellschaft oder eine Bank.

III. Rechtsstellung des Vorerben

A. Juristische Konstruktion der Nacherbeneinsetzung

Um die Rechte und Pflichten des Vorerben zwischen Erbfall und Eintritt des Nacherbfalls systematisch zu erfassen, ist es notwendig, die juristische Konstruktion der Nacherbeneinsetzung zu untersuchen. Zunächst werden hier die verschiedenen Auffassungen dargestellt, welche in bezug auf die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung bestehen und sodann darauf eingegangen, in welchem Umfange die gewonnenen Erkenntnisse auch auf die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest zur Anwendung gelangen.

a) Die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung

aa) Herrschende Lehre

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass Vorerbe und Nacherbe nacheinander Erben des Erblassers werden und der Wechsel zwischen diesen beiden von einem zukünftigen Ereignis abhängig ist ¹. Ist der Eintritt dieses künftigen Ereignisses ungewiss, so handelt es sich um eine Bedingung. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Nacherbfall

¹ Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 12.

bei Wiederverheiratung der Vorerbin eintreten soll. Wurde für den Eintritt des Nacherbfalls ein Zeitpunkt festgesetzt, welcher sicher eintreten wird, selbst wenn vielleicht im Moment noch nicht feststeht, wann dies sein wird ("dies certus an, incertus quando"), so handelt es sich um eine Befristung. Eine solche liegt vor, wenn der Nacherbfall gemäss dem Willen des Erblassers entweder an einem genau bestimmten Datum oder mit dem Tode des Vorerben eintreten soll.

Während somit die Stellung des Vorerben bedingt oder befristet sein kann, ist diejenige des Nacherben immer bedingt, da sie davon abhängt, ob er den Zeitpunkt des Nacherbfalls erlebt. Die Nacherben-einsetzung ist somit die Einsetzung zweier aufeinanderfolgender Erben, wobei die Rechte des Vorerben resolutiv bedingt oder befristet, diejenigen des Nacherben suspensiv bedingt sind ². Dies führt dazu, dass die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Bedingungen ³ auf alle Verfügungshandlungen des Vorerben anzuwenden sind ⁴. Die Erbschaft bildet ein Sondervermögen, welches bei Eintritt des Nacherbfalles ipso iure auf den Nacherben übergeht. Hat der Vorerbe über Erbschaftsgegenstände verfügt, so konnte er dies aufgrund seiner

2 Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 3; Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 12; Hauser, S. 10; Spirig, S. 194.

3 Art. 151 ff. OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB.

4 So insbesondere die Regeln über das Rechtsverhältnis während schwebender Bedingung. Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 3.

befristeten oder resolutiv bedingten Erbenstellung auch nur unter einer Resolutivbedingung⁵, d.h., die Rechtsstellung des Erwerbers war ebenfalls befristet oder resolutiv bedingt. Bei Eintritt des Nacherbfalles kann der Nacherbe diese Gegenstände somit beim Erwerber vindizieren, falls dieser vom Bestehen der Nacherbeneinsetzung Kenntnis hatte⁶. Die dogmatischen Bedenken, welche diese Auffassung vor allem hervorruft, bestehen darin, dass sie zum Begriff des bedingten Eigentums führte⁷, was im schweizerischen Recht aufgrund des Prinzips des *numerus clausus* dinglicher Rechte systemwidrig erscheint⁸. Das Bundesgericht scheint sich bisher im einzigen Entscheide, in welchem es sich zu dieser Frage äusserte, der herrschenden Meinung angeschlossen zu haben⁹.

-
- 5 Gemäss dem Grundsatz: "Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet".
- 6 War der Erwerber gutgläubig, d.h. wusste er nichts von der Nacherbeneinsetzung, so ist er in seinem Erwerbe geschützt. Der Nacherbe hat sodann einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Vorerben. Wurde die Nacherbeneinsetzung im Grundbuch vorgemerkt, so ist gutgläubiger Erwerb insoweit ausgeschlossen.
- 7 Escher erkennt dies zwar als Problem konstruktiver Natur, nimmt dies jedoch als Folge der Ausserachtlassung einer genügenden Anpassung der Nacherbeneinsetzung an unser Rechtssystem einfach in Kauf. Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 3 a.
- 8 Abravanel, S. 33. Eine konsequente Anwendung des Art. 152 Abs. 1 und Abs. 3 OR muss jedoch gezwungenermassen zu dieser Lösung führen.
- 9 BGE 40 II 99; wobei diesem Problem aber nicht weiter nachgegangen wird.

bb) Die Auslieferung der Erbschaft als erbrechtliche Auflage

In einer Dissertation über die Rechtsnatur der Nacherbeneinsetzung kommt ABRAVANEL zum Ergebnis, es handle sich dabei um die Einsetzung eines Erben, welcher mit der Auflage beschwert sei, bei Eintritt eines Termins oder einer Bedingung die Erbschaft mit allen Rechten und Verpflichtungen (Schulden) dem Nacherben auszuliefern¹⁰. Der Vorerbe hat eine grundsätzlich unbeschränkte Verfügungsbefugnis¹¹; die Interessen des Nacherben sind durch Sicherungsmassnahmen garantiert.

ABRAVANEL begründet seine Ansicht unter anderem auch mit dem Wortlaut des französischen Gesetzestextes, wo von einer "charge successorale" die Rede ist¹². Der deutsche Text spricht jedoch von einer "Pflicht" des Vorerben¹³, was darauf hindeutet, dass der Ausdruck "charge" nicht im technischen Sinne zu verstehen ist.

In den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB ist zwar davon die Rede, dass Vor- und Nacherbe "einfach als Erben des Erblassers behandelt

¹⁰ Abravanel, S. 131.

¹¹ Sowohl bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung als auch bei derjenigen auf den Ueberrest. Ausnahmen entstehen lediglich durch die Vormerkung im Grundbuch.

¹² Abravanel, S. 124.

¹³ Art. 488 Abs. 2 und Art. 491 Abs. 2 ZGB.

würden, ersterer unter einer Auflage, letzterer mit einem Warte-
recht" ¹⁴, was für die Ansicht ABRAVANELS zu sprechen scheint. An
der gleichen Stelle heisst es jedoch weiter unten, die Erbschaft
müsse den Nacherben so ausgeliefert werden, wie sie der Vorerbe sei-
nerzeit erhalten habe ¹⁵; dies entspricht wiederum der herrschenden
Lehre. Die Lösung ABRAVANELS würde im übrigen eher dem System ent-
sprechen, wie es vor Einführung des ZGB im Kanton Bern bestanden
hatte ¹⁶. Dieses System war jedoch schon von der Expertenkommission
ausdrücklich abgelehnt worden ¹⁷. Dazu kommt die Bestimmung des Art.
492 Abs. 1 ZGB, wonach der Nacherbe die Erbschaft des Erblassers er-
werbe. Daraus kann geschlossen werden, dass sein Anspruch sich nicht
nur auf die allenfalls noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände und
deren Surrogate bezieht ¹⁸. ABRAVANELS Lösung mit der Konsequenz der
unbeschränkten Verfügungsbefugnis des Vorerben ist daher abzulehnen.

cc) Weitere, von der herrschenden Lehre abweichende Meinungen

In einer neueren Abhandlung setzt sich PIOTET mit der herrschenden
Lehre auseinander. Er anerkennt zwar ebenfalls eine Pflicht des

14 Huber (Vorentwurf), S. 396.

15 Huber (Vorentwurf), S. 397.

16 Vgl. 1. Kapitel III. C, S. 17.

17 Protokoll der Expertenkommission Band 2, S. 130 f.

18 Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 3 a; Jaton, p. 15 mit
weiteren Begründungen.

Vorerben zur Erhaltung der Erbschaftssubstanz, insbesondere durch Vermeidung einer Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände und durch Unterlassung von Verfügungshandlungen, welche den Rahmen blosser Verwaltungstätigkeit überschreiten ¹⁹. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre vertritt er jedoch die Ansicht, es entstehe durch die Anordnung einer Nacherbeneinsetzung keine bedingte Einschränkung in der Verfügungsfähigkeit des Vorerben, welche bei Eintritt des Nacherbfalls von den Nacherben gegenüber einem Dritterwerber geltend gemacht werden könne. In diesem Zusammenhang wirft PIOTET der herrschenden Lehre vor, "sie verwechsle die Unsicherheit eines Gesamtüberganges des Sondervermögens mit einer Bedingung, welche jedes einzelne darin enthaltene Recht modalisiere" ²⁰.

Diese Unterscheidung von PIOTET ist schon deshalb nicht zutreffend, weil ein Recht immer nur durch bedingten Erwerb selbst ein bedingtes ist.

Gemäss PIOTET ist es aber mit anderen Worten die Gesamtnachfolge, welche durch den Eintritt des Nacherbfalls für den Vorerben resolutiv, für den Nacherben suspensiv bedingt ist ²¹; die einzelnen Rechte jedoch, die in dem Sondervermögen enthalten sind, welches viel-

19 Piotet (SJZ), S. 249.

20 Piotet, § 20 III B.

21 Piotet (SJZ), S. 254.

leicht oder wahrscheinlich Gegenstand einer zweiten Gesamtnachfolge ist, werden dadurch nicht selber zu bedingten Rechten ²².

Daraus folgt, dass ein Vorerbe, welcher in Verletzung seiner Pflicht zur Erhaltung, über Erbschaftsgegenstände verfügt, dies vollgültig mit Wirkung auch gegenüber dem Nacherben tat ²³.

Wenn Art. 491 Abs. 2 ZGB davon spricht, der Vorerbe werde Eigentümer der Erbschaft unter der Pflicht zur Auslieferung, so wird damit höchstens seine Verfügungsbefugnis, nicht aber seine Verfügungsfähigkeit eingeschränkt, ähnlich, wie dies bei einem Treuhänder der Fall ist. Gegen Ueberschreitungen der Verfügungsbefugnis durch den Vorerben ist der Nacherbe durch die Regeln der Surrogation, sowie durch Schadenersatzansprüche, welche durch Sicherstellung garantiert sind, geschützt ²⁴.

22 Piotet, § 20 III B.

Wird ein Erbschaftsgegenstand veräussert, so verliert er mit dem Ausscheiden aus dem Sondervermögen die Eigenschaft, kraft derer er später der Gesamtnachfolge unterworfen gewesen wäre.

23 Dafür spricht auch der Wortlaut des Art. 491 Abs. 1 ZGB, wonach der Vorerbe die Erbschaft wie ein anderer eingesetzter Erbe erwirbt. Im Ergebnis übereinstimmend Bohny, S. 361 ff.

24 Piotet, § 20 III B, S. 111.

dd) Stellungnahme zu den verschiedenen Auffassungen

Die von PIOTET an der herrschenden Lehre geübte Kritik basiert vor allem auf der Grundaussage, der Begriff des bedingten Eigentums widerspreche dem Publizitätsprinzip, wie es in der Schweiz den Erwerb dinglicher Rechte beherrsche. Ein Eigentumsübergang allein durch Eintritt einer Bedingung sei daher undenkbar ²⁵.

Derselbe Autor führt dann aber das meistzitierte Beispiel für bedingtes Eigentum an, nämlich das Eigentum des Käufers unter Eigentumsvorbehalt ²⁶. Wenn dies auch der häufigste Fall sein mag, so ist nicht einzusehen, warum Eigentumsrechte an Fahrnis ²⁷ nicht auch in anderen Fällen mit Bedingungen sollten verbunden werden können. In der Literatur wird diese Frage denn auch bejaht ²⁸. Damit ist der Ansicht von PIOTET die Grundlage entzogen, wobei hier festzuhalten ist, dass sie de lege ferenda eine beachtenswerte Lösung darstellt, da sie die einheitliche Behandlung des Instituts der Nacherbeneinsetzung

25 Piotet (SJZ), S. 252 f.

26 Piotet fügt allerdings hinzu, dies sei eben als Ausnahme zu betrachten, was sich aus dem Wortlaut des Art. 715 ZGB ergebe.

27 Dass dies bei Grundeigentum nicht in Frage kommen kann, ist allgemein anerkannt.

28 Liver, § 5 IV, S. 23 ff.; Haab/Simonius, N. 38 f. zu Art. 714 ZGB.

in allen Rechtsgebieten ermöglicht²⁹. Bezüglich des geltenden Rechts trifft sie jedoch nicht zu. Dies ergibt sich schon aus den Materialien, woraus hervorgeht, dass ein Antrag in diesem Sinne schon in der Expertenkommission klar abgelehnt worden war, mit der Begründung, dies würde der alten bernischen Regelung entsprechen³⁰, welche für das ZGB nicht erwünscht sei³¹.

Wenn das ZGB in Art. 491 Abs. 2 von der "Pflicht zur Auslieferung" spricht, so ist damit nicht eine Beschränkung des Vorerben bloss obligatorischen Charakters gemeint; diese Auslieferungspflicht hat eine dingliche Wirkung auf die Verfügungen des Vorerben³².

Der herrschenden Lehre ist daher beizupflichten, dass der Vorerbe durch seine Verfügungen nur resolutiv bedingte Rechte übertragen kann, welche mit dem Eintritt des Nacherbfalls untergehen³³;

29 Aufgrund der herrschenden Lehre müsste man konsequenterweise annehmen, dass der Ersteigerer von Nacherbschaftsgegenständen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben nur eine, durch Eintritt des Nacherbfalls resolutiv bedingte Eigentümerstellung erlangen würde; dies ist jedoch nicht der Fall. Im Gegensatz zum deutschen Recht. Vgl. oben 1. Kapitel IV A b, S. 26. Escher, N. 19 zu Art. 491 ZGB; Tuor, N. 17 zu Art. 491 ZGB.

30 Haftung für den Wert der Erbschaft gemäss Schatzungsinventar. Oben 1. Kapitel III C, S. 17.

31 Protokoll der Expertenkommission 2. Band, S. 130 ff. Antrag Bühlmann/Lienhard.

32 Tuor, N. 18 zu Art. 491 ZGB.

33 Selbstverständlich sind davon Verfügungen ausgenommen, welche durch eine ordnungsgemässe Verwaltung gefordert sind.

immer aber unter Vorbehalt des Schutzes von gutgläubigem Erwerb ³⁴.

Ein Vergleich mit der deutschen Lehre vermag dies zu erhärten. Der Vorerbe kann dort zwar im Gegensatz zum schweizerischen Recht über die Vorerbschaft vollgültig verfügen ³⁵. Einig sind sich aber alle deutschen Autoren, dass sich dieses Verfügungsrecht nicht aufgrund der Vorerbenstellung ergibt, sondern nur aus der ausdrücklichen Ermächtigung des § 2112 BGB. Mangels einer solchen Bestimmung könnte der Vorerbe nur resolutiv bedingte Eigentümerstellung übertragen ³⁶.

Für die Schweiz wurde aber eine dem § 2112 BGB entsprechende Regelung ebenso ausdrücklich verworfen ³⁷, weshalb man sich de lege lata mit der Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben im Einklang mit der herrschenden Lehre abzufinden hat.

34 Durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes ist dem Einwand Piotics, die Ansicht der herrschenden Lehre verletze das Publizitätsprinzip bezüglich des Uebergangs dinglicher Rechte, genügend Rechnung getragen. Gleichzeitig wird dadurch die Auswirkung der hier dargestellten Kontroverse in der Praxis auf einige wenige Fälle beschränkt.

35 Mit den Ausnahmen, welche in §§ 2113-2115 BGB aufgeführt sind.

36 Staudinger, Kommentar zu § 2112 BGB N. 1 ff.

Im Rahmen der gesetzlichen Ausnahmen von diesem Verfügungsrecht kann auch in Deutschland der Vorerbe nur resolutiv bedingte oder befristete Rechte übertragen.

37 Protokoll der Expertenkommission 2. Band, S. 130 ff.

b) Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest

Die rechtliche Konstruktion ist bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest die gleiche, wie bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung³⁸. Das dem Vorerben eingeräumte freie Verfügungs- und Verbrauchsrecht ist trotz allem kein schrankenloses³⁹, was sich entweder aus der Verfügung des Erblassers oder allgemein aus der Natur dieses Instituts ergibt. Es stellt sich also auch in diesen Fällen die Frage, welches die Folgen sind, wenn der Vorerbe Verfügungen vornimmt, zu denen er aufgrund des ihm eingeräumten Verbrauchsrechts nicht befugt ist. Hier hat gemäss der oben gefundenen Lösung ebenfalls zu gelten, dass der Vorerbe nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selber hat. In der Praxis dürfte es jedoch äusserst schwierig sein, den mangelnden guten Glauben des Erwerbers nachzuweisen.

38 Frey, S. 84.

39 Dazu unten B, S. 76.

B. Verfügungsbefugnis des Vorerben

Aus der Eigentümerstellung des Vorerben ergibt sich in jedem Falle der Nacherbeneinsetzung das Recht, über die Erbschaft zu verfügen. Ebenso kann er Dritten obligatorische Rechte an Erbschaftsgegenständen einräumen. Der Hauptanwendungsfall dürfte in der Vermietung oder Verpachtung von Wohnungen bzw. Grundstücken bestehen, welche zur Vorerbschaft gehören ¹. Wie oben dargestellt, sind Verfügungen bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung jedoch nur mit Wirkung bis zum Eintritt des Nacherbfalls möglich. Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ist die Verfügungsbefugnis des Vorerben erheblich erweitert, indem alle Verfügungshandlungen, welche in Ausübung des ihm durch den Erblasser eingeräumten Verbrauchsrechts erfolgen, endgültig und auch dem Nacherben gegenüber wirksam sind ².

Wie weit das Verbrauchsrecht des Vorerben reicht, hängt vom Willen des Erblassers ab ³. Wurde ein solcher in der Verfügung von Todes wegen nicht ausdrücklich geäußert, so ist auf den mutmasslichen Willen abzustellen, welcher sich aus der Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest und dem Zweck ergibt, welcher mit

1 Zur Auswirkung des Nacherbfalls auf diese Rechtsverhältnisse vgl. unten V A, S. 99.

2 Scherrer, S. 129.

3 Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 11; Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB; Fischer, S. 130.

diesem Institut gewöhnlich erreicht werden soll ⁴. Daraus folgt, dass der Vorerbe in weitem Umfange zum Verbrauch der Erbschaft ermächtigt ist und zwar nicht nur zur Bestreitung des notwendigsten Lebensunterhaltes ⁵, sondern auch zur Finanzierung von Annehmlichkeiten im weiten Sinne, selbst wenn dies seine eigenen Mittel vor dem Erbfall nicht erlaubten ⁶. Als zulässig zu betrachten sind demnach beispielsweise auch der Kauf einer Wohnung oder eines Hauses, das Halten von Dienstboten, ausgedehnte Reisen, sowie auch die Pflege von Liebhabereien ⁷. Ebenso darf der Vorerbe mit ihm zusammenlebenden Personen Unterhalt gewähren.

Zur Beschaffung von Mitteln ist dem Vorerben ohne weiteres die entgeltliche Veräußerung von Erbschaftsgegenständen gestattet ⁸; zum gleichen Zwecke ist er auch zur Verpfändung von Erbschaftsgegenständen berechtigt ⁹. Zusammenfassend kann man daher bezüglich des Ver-

4 Piotet, § 20 VIII, S. 122; Frey, S. 84.

5 In dieser Hinsicht viel zu eng, Schiller, S. 356.

6 Frey, S. 85; Fischer, S. 130.

7 Selbst die Pflege von ausgefallenen und teuren Hobbys sind dem Vorerben gestattet. Piotet, § 20 VIII, S. 122; Scherrer, S. 130; Lutz, S. 28; Frey, S. 84 f.; Fischer, S. 130.

8 Scherrer, S. 131; Frey, S. 85.

9 Lutz, S. 28; Frey, S. 85; Scherrer, S. 131 f. Scherrer scheint anzunehmen, dass der Nacherbe sich bei Eintritt des Nacherbfalles das Pfandrecht nur entgegenhalten lassen müsse, falls er der Verpfändung zugestimmt hatte. Dies trifft jedoch, unabhängig vom guten oder bösen Glauben des Pfandgläubigers, nicht zu. Der Vorerbe hätte ja ebensogut den Gegenstand veräußern und sodann den Erlös verbrauchen können. Durch die Verpfändung ist der Nacherbe somit nicht schlechter gestellt.

brauchsrechtes sagen, dass der Vorerbe "fröhlich und unbekümmert um seine Zukunft in den Tag hinein leben darf, selbst auf die Gefahr hin, dass mit der Zeit das gesamte Nacherbschaftskapital aufgezehrt sein wird" ¹⁰.

Immerhin sind auch bei dieser grosszügigen Auffassung der Verfügungsbefugnis des Vorerben Schranken gesetzt, welche in der Folge zu untersuchen sind.

C. Schranken der Verfügungsbefugnis

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest sind die Grundsätze, nach welchen der Vorerbe in seinen Verfügungsbefugnissen über die Erbschaft eingeschränkt ist, aus allgemeinen Prinzipien unserer Rechtsordnung, sowie aus der Natur des Institutes selber zu entwickeln.

¹⁰ Scherrer, S. 133; Anderer Meinung lediglich Guisan, S. 235, welcher die hier vertretene Ansicht als "délicieuse euphorie" bezeichnet und nur aufgrund des Einzelfalles entscheiden will, in welchem Umfange der Vorerbe zu luxuriösen Aufwendungen berechtigt ist.

a) Verfügungen von Todes wegen

Da der Erblasser durch die Anordnung einer Nacherbeneinsetzung das Schicksal der Erbschaft bereits selber endgültig bestimmt hat ¹, ist es schlechthin undenkbar, dass der Vorerbe durch Testament oder Erbvertrag seinerseits zugunsten seiner gesetzlichen oder weiterer Erben sollte verfügen können ².

Für diese Ansicht spricht auch ganz klar das regelmässige Hauptmotiv des Erblassers, welcher eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest anordnet, das hier nochmals wiederholt sei: Grösstmögliche Begünstigung des Vorerben, keinesfalls aber dessen Erben ³. In der Praxis wird es dem Erblasser kaum in den Sinn kommen, dem Vorerben das Recht einzuräumen, von Todes wegen über das Vorerbschaftsvermögen zu verfügen. In diesem Zusammenhang wird zwar von verschiedenen Autoren die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass der Erblasser bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest den Vorerben auch ermächtigen könne, seinerseits von Todes wegen über die Vorerbschaft zu verfügen ⁴. Dieser Gedanke ist jedoch in Verbindung mit einer Nacherbenein-

1 Auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gilt die Vermutung des Art. 489 ZGB, dass ohne anderslautende Bestimmung der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben eintritt.

2 Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB; Scherrer, S. 135; Frey, S. 84.

3 Vorne 1. Kapitel II, S. 6; Fischer, S. 130.

4 Implizite ergibt sich dies z.B. bei Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB: "Im Zweifel ist die Zulässigkeit von Verfügungen von Todes wegen zu verneinen."

setzung nicht korrekt. Sicher ist eine solche Ermächtigung des Erblassers möglich, von einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest kann dann aber keine Rede mehr sein. Vielmehr ist die als "Vorerbe" bezeichnete Person dann als Voll-Erbe des Erblassers zu betrachten ⁵.

Der Fall der bedingten Nacherbeneinsetzung, welchen PIOTET ins Auge fasst ⁶, ist ebenfalls bei einer Nacherbeneinsetzung als atypisch zu betrachten ⁷. In diesem Zusammenhang ist auch eine Bestimmung des Erblassers denkbar, wonach A Erbe sein solle, was bei dessen Tode von der Erbschaft noch vorhanden sei, solle auf keinen Fall an B gelangen. Damit nimmt der Erblasser aber keine Nacherbeneinsetzung, sondern eine Erbeinsetzung verbunden mit einer Auflage vor ⁸.

Grundsätzlich ist somit der Vorerbe nicht berechtigt, von Todes wegen über die Vorerbschaft zu verfügen. Hat er dies trotzdem getan,

⁵ Dies muss auch in Hinsicht auf Art. 18 OR gelten.

⁶ Piotet, § 20 IV, S. 112: "Ich setze als Erben meinen Neffen A ein; trifft er selbst keine Verfügung von Todes wegen über die Güter, die ich ihm hinterlasse, setze ich den B als Nacherben ein."

⁷ Hauptmerkmal der Nacherbeneinsetzung ist, was sich aus Art. 488 ZGB ergibt, dass der Erblasser den Vorerben verpflichtet, die Erbschaft (oder nur ihren Ueberrest) an einen Nacherben auszuliefern. Der Nacherbe erhält seine Stellung somit durch den Willen des Erblassers. Im Beispiel von Piotet überlässt der Erblasser diese Entscheidung faktisch aber dem Willen des Vorerben, was gegen eine Nacherbeneinsetzung spricht.

⁸ Dieser Fall dürfte allerdings selten vorkommen. Zudem wäre der Vollzug einer solchen Auflage mit grossen Schwierigkeiten verbunden, und würde sich, je nachdem ob B gesetzlicher Erbe des A ist, oder nicht, unterschiedlich gestalten.

so kann seine Verfügung immerhin dann wirksam sein, wenn sich herausstellt, dass der Nacherbfall nicht mehr eintritt, weil beispielsweise der Nacherbe verstorben ist⁹. Dass in diesem Fall die Verfügung des Vorerben Wirkung entfaltet, ist jedoch in seiner nun bestehenden Rechtsstellung als Voll-Erbe begründet und hat nichts mehr mit seiner früheren Stellung als Vorerbe zu tun.

b) Unentgeltliche Verfügungen

In einem engen Zusammenhang mit dem Verbot der Verfügungen von Todes wegen steht die Frage, ob der Vorerbe unter Lebenden unentgeltliche Verfügungen aus Mitteln der Vorerbschaft vornehmen darf. Grundsätzlich muss auch hier von der Annahme ausgegangen werden, der Erblasser habe im Zweifel die Vorteile der Befreiung des Vorerben nur diesem persönlich zuwenden wollen¹⁰.

Im deutschen Recht wurde daher das ausdrückliche Verbot unentgeltlicher Verfügungen über die Vorerbschaft ausgesprochen, welches auch vom Erblasser nicht aufgehoben werden kann¹¹. Ausnahmen bestehen

9 Ohne anderslautende Verfügung des Erblassers bleibt die Erbschaft diesfalls dem Vorerben (Art. 492 Abs. 2 ZGB).

10 Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 11 in fine; Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB; Fischer, S. 131.

11 § 2113 Abs. 2 in Verbindung mit § 2136 BGB. Siehe oben 1. Kapitel IV A a, S. 23.

lediglich bezüglich Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder aus Rücksicht auf den Anstand geboten sind.

Zu einer entsprechenden Lösung muss man auch für das schweizerische Recht gelangen ¹², denn nur dadurch ist den berechtigten Interessen des Nacherben genügend Rechnung getragen, ohne dass die Verfügungsbefugnis des Vorerben übermässig eingeschränkt wird ¹³. Gleichzeitig ist auch die Gefahr einer Umgehung des Verbotes von Verfügungen von Todes wegen durch unentgeltliche Verfügungen unter Lebenden ausgeschaltet.

Erlaubt sind dem Vorerben selbstverständlich die üblichen Gelegenheitsgeschenke, sowie Spenden an wohltätige Institutionen, insbesondere an solche, welche schon vom Erblasser regelmässig berücksichtigt wurden. Immer haben sich diese Zuwendungen jedoch in einem vernünftigen, den Mitteln der Vorerbschaft angepassten Rahmen zu halten, denn "der Vorerbe soll nicht auf Kosten des Nacherben den grossen Wohltäter der Menschheit spielen können" ¹⁴.

12 Scherrer, S. 132 und Fischer, S. 131 sind der Ansicht, dies ergebe sich zwingend schon aus dem Grundsatz der Rechtsausübung nach Treu und Glauben.

13 Zum grundsätzlich gleichen Ergebnis kommen: Piotet, § 20 VIII, S. 123; Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 11; Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB; Scherrer, S. 132; Frey, S. 85; Suter, S. 115 f.; Fischer, S. 131; Schiller, S. 356; Lutz, S. 28.

14 Scherrer, S. 133.

Fraglich erscheint, ob der Erblasser den Vorerben ermächtigen kann, unentgeltliche Verfügungen aus dem Vorerbschaftsvermögen vorzunehmen¹⁵. Eine generelle Ermächtigung ist aus analogen Gründen, welche gegen eine Zulassung von Verfügungen von Todes wegen sprechen¹⁶, als systemwidrig zu betrachten, da der Vorerbe dadurch in der Lage wäre, seine eigenen Erben in einer Weise zu berücksichtigen, wie es der Erblasser durch die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gerade verhindern wollte. War es die Absicht des Erblassers, dem Vorerben unentgeltliche Verfügungen zugunsten bestimmter Personen zu erlauben, so ist er allemal besser beraten, diese direkt in Form eines Vermächtnisses zu bedenken. Auf der anderen Seite kann der Erblasser dem Vorerben aber auch in Form einer Auflage Schenkungen an bestimmte Personen ganz untersagen. Hat der Vorerbe in Widerhandlung gegen das Verbot unentgeltliche Verfügungen vorgenommen, so treten die bereits erwähnten Folgen ein¹⁷: Bei Eintritt des Nacherbfalls sind solche Verfügungen gegenüber dem Nacherben unwirksam, und er kann beim Beschenkten die Sache vindizieren, falls der Beschenkte nicht gutgläubig Eigentum an der Sache erworben hat¹⁸. In den letzten

15 Dies nimmt Scherrer an, auch hier unter Verweis auf die unglückliche Formulierung bei Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB, dass "im Zweifel" dem Vorerben unentgeltliche Verfügungen verboten seien.

16 Oben a.

17 Vergleiche oben A.

18 D.h. falls der Erwerber vom Bestehen der Nacherbeneinsetzung keine Kenntnis hatte.

beiden Fällen ist der Vorerbe dem Nacherben zu Schadenersatz verpflichtet.

Eine verbotene unentgeltliche Verfügung ist aber auch in der Entschuldung des eigenen Vermögens aus Mitteln der Vorerbschaft zu erblicken ¹⁹.

c) Die allgemeine Schranke des Art. 2 ZGB

Selbstverständlich ist, dass das freie Verbrauchsrecht des Vorerben nur innerhalb der Schranken des Art. 2 ZGB bestehen kann. Dieser Grundsatz bedarf jedoch der Konkretisierung. Zunächst ergibt sich daraus, dass alle Verfügungshandlungen des Vorerben, welche lediglich in der Absicht erfolgten, die Nacherbeninteressen zu schädigen, bei Eintritt des Nacherbfalls gegenüber dem Nacherben unwirksam sind, oder eine Schadenersatzpflicht begründen. In vielen Fällen dürfte sich daher ein Verbot unentgeltlicher Verfügungen auch aus Art. 2 ZGB ergeben.

Ebenfalls aus dem Gedanken der bona fides heraus hatten schon die römischen Juristen die Regel entwickelt, dass der Ertrag der Vorerb-

19 Staudinger, Kommentar zu § 2138 BGB N. 4.

schaft nur dann in das Vermögen des Vorerben²⁰ fallen solle, falls bei Eintritt des Nacherbfalles die Substanz der Vorerbschaft noch erhalten sei²¹. Dieser Gedanke muss auch im schweizerischen Recht als Ausfluss von Art. 2 ZGB betrachtet werden. Es trifft zwar zu, dass in jedem Falle der Nacherbeneinsetzung die Erträgnisse der Vorerbschaft vorbehaltlos ins Vermögen des Vorerben fallen und nicht der Nacherbfolge unterliegen²². Als missbräuchlich zu bezeichnen ist es jedoch, wenn der Vorerbe die Erträgnisse der Vorerbschaft laufend zur Aeufnung seines freien Vermögens verwendet und seinen Lebensunterhalt durch Verbrauch der Substanz der Vorerbschaft finanziert. Ein solches Vorgehen kann keinesfalls damit begründet werden, der Erblasser habe dem Vorerben durch Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gegenüber der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung ein Mehreres zuwenden wollen. Die einzig zulässige Deutung des Erblasserwillens ist die, dass der Vorerbe bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nur dann zusätzlich zum Verbrauch der Vorerbschaft berechtigt ist, wenn und insoweit der Ertrag zur Bestreitung eines standesgemässen Lebensunterhaltes nicht ausreicht²³.

20 Und somit nach dessen Ableben an seine Erben.

21 Vergleiche oben 1. Kapitel III A, S. 12; Scherrer, S. 115.

22 Art. 643 ZGB; Meier-Hayoz, N. 39 zu Art. 643 ZGB; Suter, S. 143; Frey, S. 67; Bohny, S. 350.

23 Lediglich damit erhält der Vorerbe bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ein Mehreres. Tuor, N. 31 zu Art. 491 ZGB; Scherrer, S. 112.

Ganz allgemein ist es daher als Missbrauch zu betrachten, wenn der Vorerbe sein eigenes freies Vermögen auf Kosten der Vorerbschaft vergrössert ²⁴. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu behandeln, ob der Vorerbe, welcher über eigenes Vermögen verfügt, die Vorerbschaft lediglich im gleichen Verhältnis anzehren darf, wie er auch eigenes Vermögen dazu verwendet. Diese ebenfalls aus dem römischen Recht stammende Regel ²⁵ wird verschiedentlich auch in der Schweiz als Konsequenz aus Art. 2 ZGB betrachtet ²⁶. Die Begründung dieser Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen. Hat der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest angeordnet, so hat der Vorerbe grundsätzlich ein freies Verbrauchsrecht ²⁷. Gestützt auf Art. 2 ZGB darf nun nicht eine derart weitreichende Beschränkung dieses Verbrauchsrechts eingeführt werden, ohne dass sich in der Verfügung von Todes wegen dafür irgendwelche Anhaltspunkte finden ²⁸. Solange der Vorerbe aber lediglich dieses ihm zustehende freie Verbrauchsrecht ausübt, ohne dass der Zweck des Kapitalverzehr missbräuchlich erscheint, kann darin kein Verstoß gegen Art. 2 ZGB gesehen werden.

-
- 24 Scherrer, S. 131; Frey, S. 85.
Mit Ausnahme der nichtverbrauchten Erträge, welche ins freie Vermögen des Vorerben fallen, falls im übrigen die Substanz erhalten wurde.
- 25 Oben 1. Kapitel III A Anm. 12, S. 12.
- 26 Scherrer, S. 131; Tuor, N. 33 zu Art. 491 ZGB will diese Regel im Zweifelsfall ebenfalls gelten lassen; Lutz, S. 28.
- 27 Siehe oben B. Dies entspricht auch dem Hauptinteresse des Erblassers, welches in der Begünstigung des Vorerben besteht.
- 28 Fischer, S. 132 ff.

Zudem müsste die Beurteilung des Missbrauchs in jedem Fall vom jeweiligen Eigenvermögen des Vorerben abhängen, was nicht zutreffen kann. Dazu kommt als Weiteres, dass die Durchführung dieses Gedankens in der Praxis auf beinahe unüberwindliche Hindernisse stossen würde ²⁹.

Das Bundesgericht hat die Frage, ob der Vorerbe die Erbschaft nur im gleichen Verhältnis wie sein eigenes Vermögen verbrauchen dürfe, ausdrücklich offengelassen ³⁰. Im gleichen Zusammenhang führte es jedoch aus, "dem Vorerben sei auf jeden Fall ein recht weites Ermessen bezüglich des zulässigen Verbrauchs zuzubilligen. Als unzulässig erscheine nur eine eigentliche Verschwendung oder eine böswillige Zerstörung der Erbschaftswerte". Letztere sehr grosszügige Auffassung des Verbrauchsrechts scheint doch eher auch gegen eine Pflicht des Vorerben zu sprechen, verhältnismässig stets auch eigenes Vermögen anzugreifen.

d) Verschwendung

Die Ausübung des Verbrauchsrechts durch den Vorerben ist auch da begrenzt, wo sie einer reinen Verschwendung des Vorerbschaftsvermögens

29 Vergleiche die anschaulichen Beispiele bei Fischer, Anm. 57 und 58, welche die entstehenden Probleme illustrieren sollen.

30 BGE 100 II 92 = Praxis 63, 798.

gleichkommt ³¹, da ein dahingehender Wille des Erblassers nicht angenommen werden darf. Sind gleichzeitig alle Voraussetzungen des Art. 370 ZGB erfüllt, so ist auf jeden Fall gegen den Vorerben ein Entmündigungsverfahren einzuleiten. Die eigentliche Entmündigung weist jedoch in bezug auf die Vorerbenstellung keine Besonderheiten auf, weshalb darauf nicht näher eingegangen wird. Von Interesse ist jedoch die Frage, ob sich aus dem objektiven Begriff der Verschwendung im Sinne des Art. 370 ZGB Grenzen des Verbrauchsrechts des Vorerben definieren lassen.

Verschwendung liegt objektiv im "törichten Vertun von Vermögenswerten, in törichten Auslagen für unsinnigen Lebensaufwand und übertriebenen Luxus" ³². Die Höhe des Aufwandes ist dabei immer mit den zur Verfügung stehenden Mitteln zu vergleichen ³³. Als Verschwendung können somit alle Ausgaben des Vorerben bezeichnet werden, welche nicht mehr der Befriedigung von vernünftigen und vertretbaren Bedürfnissen dienen ³⁴, wobei hier jedoch ein grosszügiger Massstab anzulegen ist ³⁵. Es sind damit im allgemeinen Tatbestände gemeint, die

31 Scherrer, S. 131; Frey, S. 85.

32 BGE 38 II 427; Egger, N. 5 ff. zu Art. 370 ZGB.

33 BGE 88 II 247.

34 In diesem Sinne dürften gewisse Verschwendungshandlungen gleichzeitig auch vom Verbot des Art. 2 ZGB erfasst werden, wonach dem Vorerben Verfügungen untersagt sind, welche lediglich in der Absicht erfolgen, die Interessen der Nacherben zu schädigen.

35 Vergleiche oben die Ausführungen zu B, S. 76 f.

man als "verschleudern", "vergeuden", "verjübeln" oder "Geld zum Fenster hinauswerfen" zu bezeichnen pflegt ³⁶.

Ist der Verbrauch von Vorerbschaftsgütern durch den Vorerben als Verschwendung im obigen Sinne zu betrachten, so entsteht für den Nacherben ein Ersatzanspruch aus Art. 41 OR ³⁷. Zudem ist er berechtigt, gemäss Art. 490 Abs. 3 ZGB die Anordnung der Erbschaftsverwaltung zu verlangen ³⁸.

D. Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben

Aufgrund seiner Stellung als Gesamtnachfolger des Erblassers haftet der Vorerbe mit seinem gesamten Vermögen für dessen Schulden. Da er Eigentümer der Vorerbschaftswerte ist, stehen seine privaten Gläubiger mit denjenigen des Erblassers auf der gleichen Stufe, indem bei den Gläubigergruppen der Zugriff sowohl auf das persönliche Vermögen des Vorerben, wie auch auf das Vorerbschaftsvermögen offensteht ¹.

36 Suter Hermann, S. 5.

37 Vgl. dazu hinten V B a cc, S. 109.

38 Verschwendung dürfte neben übermässigen Schenkungen bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest der häufigste Grund überhaupt sein, welcher zur Anordnung der Erbschaftsverwaltung führt.

1 Tuor, N. 16 zu Art. 491 ZGB; Suter, S. 131; Frey, S. 82; Scherrer, S. 138.

Soweit es sich um Gläubiger des Erblassers handelt, werden die Interessen des Nacherben dadurch nicht beeinträchtigt, da er bei Eintritt des Nacherbfalles selbst als Universalsukzessor des Erblassers für dessen Schulden aufkommen müsste.

Gegenüber Privatlgläubigern des Vorerben ist die Situation des Nacherben eine ungünstigere, weil das Vorerbschaftsvermögen in der Zwangsvollstreckung den Massnahmen unterliegt, wie wenn der Vorerbe definitiver Erbe bleiben würde ². Dies gilt bei der Pfändung von Erbschaftswerten, wie auch im Konkurs des Vorerben ³, wobei nicht danach unterschieden wird, ob es sich um Verbindlichkeiten handelt, für deren Erfüllung der Vorerbe ohne weiteres das Erbschaftskapital hätte angreifen können, oder nicht ⁴.

Unrichtig ist die Ansicht, dass sich der Nacherbe dagegen durch die Anordnung der Erbschaftsverwaltung absichern könne ⁵, denn dadurch wird nichts an der Tatsache geändert, dass die Vorerbschaft im

2 Hier zeigt sich, wie oben unter A schon angedeutet, dass die Auffassung der herrschenden Lehre betreffend der resolutiv bedingten Eigentümerstellung des Vorerben nicht konsequent zur Anwendung gelangt, indem der Ersteigerer von Vorerbschaftsgegenständen unbeschränktes Eigentum erwirbt.

3 Tuor, N. 17 zu Art. 491 ZGB.

4 Nur im letzteren Fall, d.h., wenn der Vorerbe seine Verfügungsbe fugnis überschritten hat, kann überhaupt von einer Benachteiligung des Nacherben die Rede sein.

5 So vertreten durch Hauser, S. 71.

Eigentum des Vorerben steht und somit seinen Gläubigern verfangen ist ⁶. Lediglich durch Sicherstellung könnte der Nacherbe seine Interessen gegenüber den Privatgläubigern des Vorerben wahren ⁷; da eine Pflicht zur Sicherstellung bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nicht besteht ⁸, fällt diese Möglichkeit ebenfalls ausser Betracht.

Hat der Vorerbe aber seine Verfügungsbefugnis (beispielsweise durch Verschwendung) überschritten, so dass dem Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalls daraus Schadenersatzansprüche entstehen würden, so kann er diese im Konkurs des Vorerben als bedingte Forderungen gemäss Art. 210 SchKG geltend machen ⁹.

Ein weitergehender Schutz des Nacherben besteht im deutschen Recht, wo alle Verfügungen, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind, bei Eintritt des Nacherbfalls unwirksam sind, soweit sie die Rechte des Nacherben beeinträchtigen ¹⁰. Eine analoge Anwendung dieser

6 Richtig daher Frey, S. 82 f.

7 Tuor, N. 17 zu Art. 491 ZGB; Escher, N. 19 zu Art. 491 ZGB.

8 Oben II B, S. 58 f.

9 Scherrer, S. 139.

Bis zum Eintritt des Nacherbfalls dürfte eine allfällige Konkursdividende jedoch noch nicht ausbezahlt werden.

10 § 2115 BGB, § 128 Konkursordnung. Vergleiche dazu oben 1. Kapitel IV A, S. 26.

Bestimmung wurde auch schon für das schweizerische Recht gefordert, welches sich in dieser Beziehung ausschweigt ¹¹.

Dagegen spricht jedoch die unterschiedliche Stellung des Nacherben in den beiden Rechtsordnungen ¹². Zudem ist die deutsche Regelung daraus zu verstehen, dass bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung die Vorschriften bezüglich Sicherstellung wesentlich weniger streng sind, als in der Schweiz ¹³, wo im Falle der Sicherstellung die Interessen des Nacherben genügend gewahrt sind ¹⁴.

Aufgrund des sehr weitgehenden Verbrauchsrechts des Vorerben sind auch sehr wenige Fälle denkbar, in welchen die geltende schweizerische Regelung zu unbilligen Ergebnissen führt.

11 Veit, S. 95 ff.

Dadurch will der Autor auch im Gebiete des Betreibungsrechts die Konsequenz aus der resolutiv bedingten Eigentümerstellung des Vorerben ziehen.

12 Dazu unten IV, S. 93.

13 § 2128 Abs. 2 BGB im Vergleich zu Art. 490 Abs. 2 ZGB.

14 Frey, S. 82; Hauser, S. 71 f; Suter, S. 131.

IV. Rechtsstellung des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls

Im Gegensatz zum BGB wird im schweizerischen Zivilgesetzbuch der Begriff Anwartschaft ausdrücklich verwendet ¹, um damit die suspensiv bedingte Erbenstellung des Nacherben während der Vorerbenperiode zu umschreiben. Um die Frage nach der Rechtsnatur dieser Anwartschaft zu beantworten, ist im einzelnen zu untersuchen, welches die Befugnisse des Nacherben in der Zeit zwischen Erbfall und Eintritt des Nacherbfalls sind ².

Im Unterschied zum deutschen Recht ist die Anwartschaft des Nacherben in der Schweiz nicht vererblich ³. Erlebt der Nacherbe den Nacherbfall nicht, verbleibt die Erbschaft dem Vorerben endgültig. Der Wortlaut von Art. 492 Abs. 2 ZGB ist insofern missverständlich, als angenommen werden könnte, es werde nur eine Vermutung der Unvererblichkeit aufgestellt. Dies trifft nicht zu; es wird damit lediglich der Erblasser ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, einen Ersatznacherben für den Fall zu bestimmen, dass der Nacherbe den Nacherbfall nicht erlebt ⁴.

1 Art. 490 Abs. 3 ZGB.

2 Bezüglich des deutschen Rechts oben, 1. Kapitel IV A c, S. 27.

3 Art. 492 Abs. 2 ZGB.

4 Piotet, § 20 V, S. 113; Escher, N. 12 zu Art. 492 ZGB; Tuor, N. 5 zu Art. 492 ZGB.

In engem Zusammenhang mit der Vererblichkeit steht die Frage, ob der Nacherbe selbständig über die Anwartschaft verfügen kann. Da das Gesetz in dieser Hinsicht schweigt, ist vor allem eine analoge Anwendung⁵ von Art. 635 oder Art. 636 ZGB zu prüfen. Die erste Bestimmung befasst sich mit Verträgen über angefallene Erbteile, die zweite mit solchen vor dem Erbgang. Da die Erbschaft dem Nacherben während der Vorerbenperiode noch nicht angefallen ist, der Erbgang jedoch schon eröffnet ist, scheinen zunächst beide Artikel nicht anwendbar zu sein. Indem jedoch das Gesetz grundsätzlich Verträge über die Erbschaft zulässt, kann daraus geschlossen werden, es habe dies auch im Falle des Nacherben nicht ausschliessen wollen⁶.

Nach Ansicht der Kommentatoren muss es sich um eine analoge Anwendung des Art. 635 ZGB handeln. Der Erbgang als solcher ist eröffnet; die Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers, wie sie für Verträge nach Art. 636 ZGB erforderlich wären, ist zudem nicht mehr möglich⁷.

Diese Lösung kritisiert PIOTET⁸ mit der Begründung, in Art. 635 ZGB werde das Bestehen einer Erbengemeinschaft vorausgesetzt, der Nach-

5 Da beide Gesetzesbestimmungen dem Wortlaut nach auf die Situation des Nacherben vor dem Nacherbfall nicht direkt anwendbar sind, kann es sich nur um eine analoge Anwendung handeln.

6 Frey, S. 63.

7 Tuor/Picononi, N. 11 zu Art. 635 ZGB; Escher, N. 4 zu Art. 635 ZGB.

8 Piotet, § 20 V, S. 114; Piotet (SJZ), S. 251 f.

erbe könne aber ebensogut einziger Erbe sein. Zudem könne man bei einer Anwendung von Art. 636 ZGB auf die Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers deshalb verzichten, da die Pietätsgründe, welche für diese Regelung ausschlaggebend waren, nach dessen Tode weggefallen seien; eine Mitwirkung des Vorerben falle aber sowieso nicht in Betracht.

Die Entscheidung zwischen diesen beiden Ansichten hängt lediglich davon ab, worauf man bei der Beurteilung der Nacherbenstellung das Schwergewicht legt. Betont man mehr die Ungewissheit, da der Nacherbe immerhin den Nacherbfall erleben muss, so ist er eher einem Erben vor Anfall der Erbschaft vergleichbar, was für Art. 636 ZGB spricht. Geht man von der mit dem Erbfall eingetretenen Unentziehbarkeit seiner Rechtsstellung aus, so kommt man zur analogen Anwendung von Art. 635 ZGB. Es handelt sich dabei jedoch um eine Frage rein akademischer Natur, da das Ergebnis in beiden Fällen das gleiche ist ⁹, sowohl bezüglich Form als auch Wirkung eines solchen Vertrages.

Zur Gültigkeit bedarf der Abtretungsvertrag zwischen dem Nacherben

⁹ Wobei hier nur die Veräußerung an Dritte behandelt wird, da dieser Fall bei der Nacherbeneinsetzung im Vordergrund stehen dürfte.

und einem Dritten der schriftlichen Form¹⁰. Einigkeit herrscht so-
dann bei allen Autoren darüber, was Gegenstand der Veräusserung ist:
der Erbanteil des Nacherben¹¹. Darunter ist in diesem Zusammenhang
nicht das Erbrecht des Nacherben zu verstehen, sondern die Summe der
ihm beim Nacherbfall zukommenden Güter¹². Diese Abtretung hat somit
keine dingliche Wirkung. Der bei Eintritt des Nacherbfalls vorhande-
ne Ueberrest der Erbschaft fällt dem Nacherben an. Sein Vertragspart-
ner hat lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung
dieser Werte¹³. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass es sich nicht
um eine Veräusserung der Anwartschaft des Nacherben handelt; dieser
bleibt weiterhin Erbe und haftet für die Erbschaftsschulden. Der
Dritte erwirbt nie die Erbschaft, sondern lediglich eine Forderung.
Eine Veräusserung der Anwartschaft durch den Nacherben ist nicht
möglich. Aus den gleichen Gründen ist auch deren Verpfändung ausge-

10 Für Art. 635 ZGB ergibt sich dies aus dem Gesetz. Bezüglich Art. 636 ZGB: BGE 57 II 23; Tuor/Picenoni, N. 14 zu Art. 636 ZGB; Escher, N. 10 zu Art. 636 ZGB; Piotet, § 20 V, S. 114. Dabei muss im Sinne von Piotet das Erfordernis der Zustimmung des Erblassers wegfallen.

11 Piotet, § 86 IV, S. 682.

12 Escher, N. 19 zu Art. 635 ZGB; Tuor/Picenoni, N. 13 f. zu Art. 635 ZGB; Piotet, § 86 I, S. 672.

13 In der Praxis dürften solche Verträge bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest äusserst selten vorkommen. Der Erwerber des Erbanteils geht nicht nur das Risiko ein, dass der Nacherbe den Nacherbfall nicht erlebt, wodurch er mangels Vererblichkeit leer ausgehen würde, sondern er ist zudem der Gefahr ausgesetzt, dass durch das freie Verbrauchsrecht des Vorerben dereinst gar kein Ueberrest mehr vorhanden sein wird.

schlossen ¹⁴, sowie die Pfandung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung ¹⁵.

Dieser Mangel an selbständiger Uebertragbarkeit seiner Rechtsstellung erlaubt es nicht, die Anwartschaft des Nacherben als eigenes subjektives Recht zu bezeichnen ¹⁶. Für eine solche Auffassung lässt sich auch im französischen Gesetzestext kein Anhaltspunkt finden, obwohl dort von "les droits de l'appelé" die Rede ist. Dieser Begriff wird jedoch an dieser Stelle nicht im technischen Sinne verwendet ¹⁷.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, das ein Anwartschaftsrecht des Nacherben kennt, erschöpfen sich die Vorwirkungen der zukünftigen Erbenstellung des Nacherben in reinen Schutzvorschriften, welche die Verfügungsbefugnis des Vorerben betreffen. Es handelt sich also "nicht um ein Anwartschaftsrecht", sondern um eine durch die Rechtslage bereits konkretisierte Erwerbsaussicht. Unter die Schutzvorschriften fallen die Inventarpflicht zur Feststellung des Umfanges der Erbschaft ¹⁸, die Möglichkeit, Antrag auf Erbschaftsverwaltung

14 Gemeint ist die dinglich wirkende Errichtung eines Pfandrechts. Der Abschluss eines obligatorischen Verpfändungsvertrages ist dagegen allemal zulässig. BGE 87 II 218 ff.

15 BGE 73 III 149; BGE 23 II 1915.

16 Unzutreffend deshalb Frey, S. 57.

17 Piotet, § 20 V, S. 113.

18 Art. 490 Abs. 1 ZGB. Vergleiche oben II A, S. 56 ff.

zu stellen ¹⁹, sowie das Verbot unentgeltlicher Verfügungen und der Verschwendung der Erbschaft durch den Vorerben. Daneben besitzt der Nacherbe während der Vorerbenperiode jedoch weder ein Aufsichtsrecht noch Ansprüche wegen etwaiger Ueberschreitungen des Verfügungsrechts des Vorerben.

19 Art. 490 Abs. 3 ZGB. Oben II C, S. 61 f.

V. Der Nacherbfall

A. Rechtsverhältnisse nach Eintritt des Nacherbfalls

Die Vorerbenperiode ist beendet, sobald der für den Eintritt des Nacherbfalls festgelegte Zeitpunkt erreicht ist oder, wenn die dafür gesetzte Bedingung erfüllt wurde ¹. Hat der Erblasser darüber nichts verfügt, so gilt gemäss ergänzender Gesetzesvorschrift der Tod des Vorerben als massgebender Zeitpunkt für den Eintritt des Nacherbfalls ². Dies dürfte bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest ohnehin immer dem Willen des Erblassers entsprechen, da dieser ja vor allem den Vorerben während dessen Lebzeiten begünstigen wollte. Wenn das Gesetz in diesem Zusammenhang vom "Zeitpunkt der Auslieferung" spricht, so ist dies nicht ganz zutreffend. Es handelt sich beim Nacherbfall um einen Fall echter Universalsukzession, bei welcher das Eigentum an der Erbschaft ohne Zutun der beteiligten Personen ipso iure vom Vorerben auf den Nacherben übergeht ³.

1 Selbstverständlich gibt es auch entgegengesetzte Beendigungsgründe, indem sich während der Vorerbenperiode herausstellt, dass die den Nacherbfall auslösende Bedingung nicht mehr eintreten kann, oder auch indem der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls stirbt. In diesen Fällen verbleibt die Erbschaft, falls der Erblasser keinen Ersatznacherben eingesetzt hat, dem Vorerben.

2 Art. 489 Abs. 1 ZGB.

3 Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 5; Escher, N. 1 zu Art. 489 ZGB.

Mit der "Pflicht zur Auslieferung" gemäss Art. 491 Abs. 2 ZGB ist somit keine blosse obligatorische Verpflichtung des Vorerben im Sinne der gemeinrechtlichen Konstruktion gemeint ⁴. Der Gesetzgeber hat mit dieser Ausdrucksweise lediglich anstelle der Ursache, d.h. des mit Eintritt des Nacherbfalls entstandenen Erbenspruchs des Nacherben, deren besonders auffallende Auswirkung, nämlich die Pflicht des Vorerben, die Erbschaft, welche sich zu diesem Zeitpunkt meist noch bei ihm befindet, dem Nacherben körperlich zu überliefern, erwähnt; dies ergibt sich allerdings schon aus den Besitzesregeln ⁵.

Der Nacherbe wird, wie einst der Vorerbe, Universalsukzessor des Erblassers (und nicht etwa des Vorerben), was in der Formulierung "der Nacherbe erwirbt die Erbschaft des Erblassers..." in Art. 492 Abs. 1 ZGB zum Ausdruck kommen soll ⁶.

Daraus folgt, dass gemäss Art. 560 ZGB neben dem Eigentum, den beschränkt dinglichen Rechten und allen Forderungen, auch die noch bestehenden Schulden des Erblassers auf den Nacherben übergehen, für welche er fortan mit seinem ganzen Vermögen haftet ⁷. Der Vorerbe

4 Vgl. dazu Tuor, N. 4 zu Art. 488 ZGB und N. 18 zu Art. 491 ZGB; Kipp/Coing, § 47 I 1, S. 280; Suter, S. 14 ff.

5 Tuor, Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung N. 5; Suter, S. 15; Escher, N. 5 zu Art. 492 ZGB.

6 Falsch die Ansicht von Bohny, S. 342, welcher annimmt, der Nacherbe werde Gesamtnachfolger auch des Vorerben.

7 Tuor, N. 10 f. zu Art. 492 ZGB.

oder dessen Erben sind nicht mehr Erben; gleichzeitig fällt aber auch ihre Schuldenhaftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern dahin ⁸.

Wurden Gegenstände der Vorerbschaft durch private Gläubiger des Vorerben in der Zwangsvollstreckung gepfändet, so kann der Nacherbe, falls die Verwertung noch nicht stattgefunden hat, als nunmehriger Eigentümer diese Gegenstände vindizieren oder das Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 und 107 SchKG einleiten ⁹.

Trotzdem die Erbschaft dem Nacherben mit dem Nacherbfall ipso iure anfällt, kann die Auslieferung zu etlichen Schwierigkeiten führen. Zwar geht gemäss Art. 560 ZGB mit dem Nacherbfall auch der Besitz an den Nacherben über. Damit ist der selbständige Besitz gemeint, der Vorerbe ist bis zur tatsächlichen Herausgabe der Erbschaftsgegenstände auftragsloser Geschäftsführer des Nacherben und bleibt somit bis zur Auslieferung deren unselbständiger Besitzer ¹⁰. Die Verfügungsfähigkeit des Vorerben über die Erbschaft entfällt jedoch mit Eintritt des Nacherbfalls ¹¹.

Weigert sich der Vorerbe, die Erbschaft herauszugeben, so ist er bösgläubiger Besitzer und kann vom Nacherben, gestützt auf Art. 936 ZGB,

8 Escher, N. 9 zu Art. 492 ZGB.

9 Suter, S. 136; Scherrer, S. 134.

10 Stark, N. 45 zu Art. 920 ZGB; Escher, N. 5 zu Art. 492 ZGB.

11 Tuor, N. 10 zu Art. 492 ZGB.

zur Herausgabe gezwungen werden ¹². Diese Klagemöglichkeit, anstelle einer Erbschaftsklage, drängt sich für den Nacherben besonders dann auf, wenn der Vorerbe bezüglich gewisser Sachen deren Zugehörigkeit zur Erbschaft bestreitet ¹³.

Aus den gleichen Gründen kann der Nacherbe Erbschaftssachen herausverlangen, welche sich im Besitze von Dritten befinden, auch wenn diese sich beispielsweise auf einen, mit dem Vorerben über den Zeitpunkt des Nacherbfalles hinaus abgeschlossenen Mietvertrag berufen. Allerdings nimmt die neuere Lehre an, dass bei der Miete von Immobilien auch im Falle des Eigentümerwechsels durch Eintritt eines Nacherbfalles, Art. 259 Abs. 2 OR aus Billigkeitsgründen analog anzuwenden sei ¹⁴. Dies bedeutet eine gewisse Bindung des Nacherben durch einen vom Vorerben abgeschlossenen Mietvertrag, indem er, falls dieser Vertrag keine frühere Auflösung gestattet, den Dritten bis zum Termin, auf den nach den gesetzlichen Vorschriften gekündigt werden kann, in der Miete (und somit im Besitze) belassen muss. Diese Ausnahme, welche durch verstärkte Mieterschutzbestrebungen zu erklären ist, vermag am allgemeinen Grundsatz jedoch nichts zu ändern, dass Verfügungen des Vorerben über den Besitz genau gleich, wie

12 Stark, N. 9 zu Art. 936 ZGB.

13 Vgl. dazu Tuor/Picenoni, Vorbemerkungen zum fünften Abschnitt N. 17 ff.

14 Schmid, N. 10 zu Art. 259 OR.

Verfügungen über das Recht, durch den Eintritt des Nacherbfalls resolutiv bedingt oder befristet sind ¹⁵.

B. Die Auslieferung der Erbschaft

a) Umfang des auszuliefernden Ueberrestes

Wenn auch die Rechtsänderung mit dem Nacherbfall ipso iure eingetreten ist, so realisiert sich das Recht des Nacherben erst mit der tatsächlichen Herausgabe der Erbschaft, was deren Aussonderung vom sonstigen Vermögen des Vorerben erfordert ¹. Im folgenden soll daher der Umfang dieser Auslieferungspflicht festgestellt werden.

aa) Die in natura vorhandenen Erbschaftsgegenstände

Herauszugeben sind zunächst die gemäss Vorerbschaftsinventar noch in natura vorhandenen Sachen. Eine allfällige Wertvermehrung kommt dabei dem Nacherben zugute, gleich wie er sich auch jede unverschuldete Wertverminderung gefallen lassen muss ². Diese Lösung war in der

¹⁵ Vgl. oben III B, S. 76 f.

¹ Dieses ist beim Tode des Vorerben bereits in die Hände seiner Erben gelangt.

² Tuor, N. 26 zu Art. 491 ZGB; Escher, N. 10 zu Art. 492 ZGB.

Expertenkommission nicht unbestritten, wurde aber als dem Wesen des Nacherbrechts des ZGB am besten entsprechend, schliesslich angenommen ³. Anhand einiger praktischer Fälle soll jedoch gezeigt werden, dass die Regel der Präzisierung bedarf.

Ist zum Beispiel bei Grundstücken die Wertsteigerung nicht durch die allgemeine Wirtschaftsentwicklung, sondern durch den persönlichen Einsatz des Vorerben eingetreten, indem er nützliche Verwendungen auf die Sache gemacht hat, so muss ihm der Nacherbe die Auslagen ersetzen ⁴. Eine analoge Anwendung der Regeln über die Nutzniessung erscheint in diesem Falle auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest gerechtfertigt. Gleich wie der Nutzniesser ist auch der Vorerbe zu solchen Aufwendungen nicht verpflichtet, welche nach Eintritt des Nacherbfalles alleine dem Nacherben zugute kommen.

Hat der Vorerbe ein Bezugsrecht ausgeübt, welches ihm aufgrund von Aktien aus dem Erbschaftsvermögen zustand und hat er die neuen Aktien aus eigenem Vermögen liberiert, so fallen die neuen Titel zwar als eine Art Wertsteigerung in die Erbschaft und sind dem Nacherben

³ Protokoll der Expertenkommission 2. Band, S. 130. Die andere Lösung hätte darin bestanden, die Auslieferungspflicht betragsmässig auf die anlässlich des Erbfalls vorgenommene Schätzung zu beschränken.

⁴ Art. 753 ZGB in Verbindung mit Art. 422 GR; Scherrer, S. 140.

herauszugeben; der Vorerbe hat jedoch ebenfalls einen Anspruch auf Auslagenersatz ⁵.

Unter Umständen kann sich der Herausgabeanspruch auch gegen Dritte richten, welche im Besitz von Erbschaftsgegenständen sind. Dies ist bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest vor allem der Fall, wenn der Vorerbe seine Verfügungsbefugnis überschritten hat, indem er unentgeltlich über Erbschaftsgegenstände verfügt hat. Wusste der Erwerber vom Bestehen der Nacherbeneinsetzung, so kann der Nacherbe seinen Herausgabeanspruch gegen ihn geltend machen ⁶.

bb) Surrogate

Nach der herrschenden Auffassung bestimmt sich der Umfang der bei Eintritt des Nacherbfalls auszuliefernden Erbschaft nach dem Surrogationsprinzip ⁷.

Dies will besagen, dass neben den noch in specie vorhandenen Erbschaftsgegenständen auch alle Werte, welche der Vorerbe aus Mitteln der Erbschaft, oder als Ersatz für den Untergang oder die Verschlech-

5 Scherrer, S. 141.

6 Oben III A b und C b, S. 75 und 81.

7 Escher, N. 11 zu Art. 492 ZGB; Tuor, N. 27 zu Art. 491 ZGB; Scherrer, S. 131.

terung von Erbschaftsgegenständen erworben hat, die sogenannten "Surrogate", ohne weiteres auf den Nacherben übergehen.

Dieser Gedanke, welcher die Substanzerhaltung von Sondervermögen bezweckt, wurde von BARTOLUS in Anschluss an eine Digestenstelle betreffend das fideicommissum de residuo⁸ im Satz ausgedrückt: "Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei".

Da die Erbschaft in der Hand des Vorerben Gegenstand einer Gesamtnachfolge ist⁹, bildet sie ein Sondervermögen. Das bedeutet, dass die zur Erbschaft gehörenden Rechte vom übrigen Vermögen des Vorerben getrennt bleiben und in gewisser Hinsicht gesondert behandelt werden¹⁰. Die Abgrenzung dieser beiden Vermögensteile kann jedoch während der Zeit der Vorerbschaft nur aufrechterhalten werden, wenn die Grundsätze der Surrogation zur Anwendung gelangen.

Die Kommentatoren sprechen von einer dinglichen Surrogation¹¹, um damit zu betonen, dass die Surrogate zur Vorerbschaft gehören und infolgedessen bei Eintritt des Nacherbfalls ohne Zutun

8 D. 31,70,3, zitiert bei Girsberger, S. 17 und Simonius, S. 6.

9 Art. 492 Abs. 1 ZGB.

10 Meier-Hayoz, Systematischer Teil zum Eigentum N. 86. Bei der Vorerbschaft wird die Sondervermögenseigenschaft durch die Pflicht zur Inventaraufnahme ausdrücklich betont.

11 Escher, N. 11 zu Art. 492 ZGB; Tuor, N. 27 zu Art. 491 ZGB.

des Vorerben unmittelbar von Gesetzes wegen auf den Nacherben übergehen. Gegen die Verwendung dieses Begriffes wehren sich vor allem PIOTET¹² und GIRSBERGER¹³. Versteht man unter dinglicher Surrogation den Wechsel eines Gegenstandes in seinem dinglichen Rechtsverhältnis¹⁴, mit anderen Worten, die Tatsache, dass bei Ersetzung eines Gegenstandes durch einen anderen die Rechtslage des ursprünglichen Gegenstandes generell ohne weiteres auch für den nachfolgenden Gegenstand massgebend ist¹⁵, so wäre der Begriff der dinglichen Surrogation in Bezug auf die Vorerbschaft tatsächlich verfehlt. Da das Rechtssubjekt beider Vermögenskomplexe während der Zeit der

12 Piotet, § 79 II, S. 610 versteht als Surrogation im eigentlichen Sinne den ipso-iure-Erwerb eines Rechts ohne die für den Erwerb üblichen Modalitäten. Eine solche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen will er jedoch nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulassen. Dazu gehört z.B. die Nutzniessung, welche bei Zerstörung der Sache ipso iure auch den Versicherungsanspruch belastet (Art. 750 Abs. 3 ZGB). Andere Beispiele finden sich in Art. 774 Abs. 2 und Art. 721 Abs. 3 ZGB, sowie in Art. 57 VVG. Im Falle der Vorerbschaft spricht Piotet von vermögensrechtlicher Surrogation, welche er als "so selbstverständliche und normale Regel" betrachtet, dass sie im Einzelfall keiner gesetzlichen Verankerung bedarf. Vermögensrechtliche Surrogation bedeutet lediglich, dass, wenn eine Person Träger mehrerer Vermögen ist, das neuerworbene Gut demjenigen Vermögen zugerechnet wird, mit dessen Verminderung oder Nichtvergrößerung der Erwerb in einem adaequaten Kausal-Zusammenhang steht.

13 Girsberger, S. 54, 69 und 71 ff. lehnt es gänzlich ab, im Zusammenhang mit verschiedenen Vermögenskomplexen im Eigentum einer Person von "Surrogation" zu sprechen. Für ihn hat, ähnlich wie bei Piotet, die Zugehörigkeit zum jeweiligen Vermögen ihren Grund in der Vermögensverwaltung und ergibt sich daher als selbstverständlich.

14 Girsberger, S. 80.

15 Meier-Hayoz, Systematischer Teil zum Eigentum N. 50.

Vorerbschaft ein und dasselbe ist, nämlich der Vorerbe, tritt diese Rechtsänderung nicht sofort, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich beim Nacherbfall, ein. SIMONIUS ¹⁶ weist jedoch nach, dass herkömmlicherweise unter dinglicher Surrogation neben der obigen Definition auch die Zuteilung eines als Ersatz für andere Güter erworbenen Gegenstandes auf das eine oder andere Sondervermögen eines einzigen Eigentümers verstanden wird. In diesem letzteren Sinne wird der Ausdruck dingliche Surrogation von ESCHER und TUOR denn auch im Zusammenhang mit der Vorerbschaft verwendet ¹⁷ und hat sich allgemein eingebürgert ¹⁸.

Im deutschen Recht wurde das Surrogationsprinzip ausdrücklich geregelt. Danach gehört zur Erbschaft, "was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt". Von den Auswirkungen dieser Bestimmung kann der Erblasser den Vorerben auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nicht befreien ¹⁹.

¹⁶ Simonius, S. 61 f.

¹⁷ Vergleiche oben Anm. 7.

¹⁸ Wenn Piotet und Girsberger sich auch gegen den Begriff wehren, so kommen sie für die Rechtsanwendung doch zu den gleichen Ergebnissen wie die Kommentatoren.

¹⁹ § 2111 in Verbindung mit § 2136 BGB.

Wenn auch Uneinigkeit über die dogmatische Grundlage herrscht, so ist doch allgemein anerkannt, dass eine analoge Regelung auch in der Schweiz zu gelten hat ²⁰, da nur so der Stellung der Erbschaft als Sondervermögen in der Hand des Vorerben belastet mit der Auslieferungspflicht, in angemessener Weise Rechnung getragen wird.

cc) Schadenersatz

Aus dem Verbrauchsrecht des Vorerben ergibt sich, dass dieser bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest dem Nacherben nicht alles herauszugeben hat, was er seinerzeit vom Erblasser erhalten hat. Zeigt es sich aber, bei Eintritt des Nacherbfalls, dass der Vorerbe seine Verfügungsbefugnis zum Nachteil des Nacherben überschritten hat, so hat letzterer einen Schadenersatzanspruch gegen den Vorerben ²¹ aus Art. 41 OR.

Obwohl sich eine solche Haftung nicht aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Nacherbeneinsetzung ergibt, so muss sie doch aus dem besonderen Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben gefolgert

20 Piotet, § 20 VIII, S. 121; Scherrer, S. 131; Frey, S. 85; Hauser, S. 29; Escher, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge N. 11; Tuor, N. 31 zu Art. 491 ZGB; Lutz, S. 28; Fischer, S. 131.

21 Tuor, N. 32 zu Art. 491 ZGB; Hauser, S. 91; Frey, S. 94; Scherrer, S. 136.

werden. Als zu weitgehend erscheint hier jedoch, entgegen gewissen Autoren, eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Nutznießung²², denn anders, als bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung ist die Stellung des Vorerben bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nicht mit derjenigen eines Nutznießers vergleichbar. Ebenso fällt als Grundlage die Regelung bezüglich des Geschäftsführers ohne Auftrag ausser Betracht²³. Der befreite Vorerbe ist alles andere als ein Geschäftsführer für den Nacherben. Er handelt vielmehr durchaus aus eigenem Recht und im eigenen Interesse. Eine Haftung für jede Fahrlässigkeit erscheint auch deshalb nicht als gerechtfertigt, da der Vorerbe auf den Nacherben in keiner Weise Rücksicht nehmen muss, solange er nur seine Verfügungsbefugnis nicht überschreitet. In Frage kommt daher nur eine Haftung aus Delikt. Sachgemäss ist hier eine gemilderte Verschuldenshaftung in Anwendung von Art. 41 OR²⁴.

22 Art. 752 ZGB. Spirig, S. 209 und Tuor, N. 20 zu Art. 491 ZGB wollen die strenge Haftung des Nutznießers zumindest auf den gewöhnlichen Vorerben anwenden.

23 Art. 420 OR. Escher, N. 6 zu Art. 491 ZGB; Bohny, S. 352 f., ohne jedoch den Fall der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest zu erwähnen. Escher ist zudem der Meinung, dieser strenge Haftungsmaßstab "sei durch eine vernünftige Praxis zu mildern".

24 Hauser, S. 92; Frey, S. 94 f.; Scherrer, S. 137 verweist auf die Art. 398 OR und Art. 321 e OR, welche er in Verbindung mit Art. 7 ZGB analog anwenden will, und er kommt dadurch ebenfalls zu einer gemilderten Verschuldenshaftung (durch Verweis auf Art. 99 Abs. 2 OR).

In diesem Sinne ist eine Schadenersatzpflicht des Vorerben beispielsweise zu bejahen, bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Beschädigung oder Zerstörung von Erbschaftsgegenständen ²⁵, sowie bei Verminderung des Erbschaftsvermögens durch grobfahrlässige Verwaltungshandlungen ²⁶.

Zudem haftet der Vorerbe für Schädigungen des Nacherben durch Verfügungen, von denen er wusste, oder zumindest hätte wissen müssen, dass diese ausserhalb seiner Verfügungsbefugnis lagen. Dazu gehören unentgeltliche Verfügungen ²⁷, die Aeufnung des Eigenvermögens aus der Substanz der Vorerbschaft ²⁸, sowie die Verschleuderung von Erbschaftswerten ²⁹. Allein die Tatsache, dass der Vorerbe seinen Lebensunterhalt nur aus der Erbschaft bestritten hat, ohne dazu auch das eigene Vermögen heranzuziehen, vermag jedoch eine Schadenersatzpflicht nicht zu begründen ³⁰, weil ihm dies erlaubt ist.

25 Tuor, N. 32 zu Art. 491 ZGB; Hauser, S. 92.

26 Scherrer, S. 137; Frey, S. 95. Dazu gehören reine Spekulationsgeschäfte aus Mitteln der Vorerbschaft oder der Umtausch von soliden Vermögensanlagen in unsichere und zweifelhafte Werte.

27 Insbesondere, wenn der Nacherbe infolge Gutgläubigkeit des Beschenkten nicht vindizieren kann.

28 Was ebenfalls eine unentgeltliche Verfügung darstellt. Die Erträge der Vorerbschaft darf der Vorerbe nur ins eigene Vermögen überführen, wenn er ansonsten die Substanz nicht angegriffen hat. Vergleiche oben III C c, S. 84.

29 Frey, S. 94. Vergleiche oben III C d, S. 87.

30 Andere Meinung Scherrer, S. 137, welcher aber die Grenzen des Verbrauchsrechts des Vorerben enger gefasst hat. Vergleiche oben III C c, S. 84.

Wenn die vorstehende Aufzählung auch nicht vollständig ist, so dürfen doch die häufigsten Fälle, in welchen eine Ersatzpflicht des Vorerben eintreten kann, davon erfasst sein.

Da alle Schadenersatzansprüche erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls entstehen, geht der Nacherbe dann leer aus, wenn der Vorerbe zu Lebzeiten alles eigene Vermögen verschleudert hat, und seine Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben ³¹.

b) Geltendmachung durch den Nacherben, Auskunftspflicht des
Vorerben.

Weigert sich der Vorerbe, den Ueberrest der Erbschaft herauszugeben, so kann der Nacherbe seinen Anspruch mittels der Erbschaftsklage geltend machen ³², unabhängig davon, ob der Vorerbe die Erbberechtigung oder den Eintritt des Nacherbfalls bestreitet ³³. Da der Vorerbe mit Eintritt des Nacherbfalls seine Erbenstellung verliert, ist er fortan, wie jeder Dritte, lediglich unselbständiger Besitzer

31 Es sei denn, der umsichtige Nacherbe habe rechtzeitig Antrag auf Anordnung der Erbschaftsverwaltung gestellt.

32 Tuor/Picenoni, N. 13 zu Art. 598 ZGB; Escher, N. 4 zu Art. 598 ZGB; Piotet, § 98 III A, S. 781; Frey, S. 91; Schucan, S. 47.

33 Eine abweichende Ansicht vertritt Hauser, S. 91, welcher die Klage des Nacherben gegen den Vorerben als "Erbschaftsklage sui generis" bezeichnet, ohne jedoch den Unterschied zur gewöhnlichen Erbschaftsklage zu erläutern.

der Erbschaft ³⁴. Bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung dürften sich diesbezüglich keine allzugrossen Probleme stellen, da der Umfang des Herausgabeanspruchs des Nacherben aufgrund des erstellten Inventars feststeht. Schwieriger gestaltet sich die Situation für den Nacherben auf den Ueberrest. Der Beweis des Umfanges der noch vorhandenen Erbschaft kann ohne Kooperation des Vorerben oder dessen Erben in vielen Fällen zu erheblichen Schwierigkeiten führen, da es für den Nacherben als Aussenstehenden praktisch unmöglich ist, festzustellen, welche Gegenstände als Surrogate in die Erbschaft gehören und welche Anschaffungen aus Eigenvermögen des Vorerben sind. Eine Auskunftspflicht des Vorerben oder dessen Erben gegenüber dem Nacherben aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen über die Erbschaftsklage besteht nicht ³⁵. Wenn auch bei der knappen Regelung der Nacherbeneinsetzung im ZGB eine solche Pflicht des Vorerben nicht ausdrücklich erwähnt ist, so muss die Frage gestellt werden, ob eine Auskunftspflicht nicht auf jeden Fall aufgrund des besonderen Verhältnisses zwischen Vor- und Nacherben zu bejahen ist.

Von Interesse kann auch hier ein Vergleich mit dem deutschen Recht sein, wo kraft ausdrücklicher Vorschrift der Nacherbe berechtigt

34 Vergleiche oben V A, S. 101.

35 Tuor/Picenoni, Vorbemerkungen zur Erbschaftsklage N. 19; Escher, Vorbemerkungen zur Erbschaftsklage N. 8; Im Gegensatz dazu kennt § 2027 BGB eine Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers bezüglich Bestand der Erbschaft und Verbleib der Erbschaftsgegenstände.

ist, vom Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen³⁶. Wenn auch der Erblasser die Anwendung dieser speziellen Bestimmung durch die Befreiung des Vorerben ausschliessen kann, hat letzterer in Anwendung der allgemeinen Regel betreffend Herausgabe eines Inbegriffes von Gegenständen³⁷ dem Nacherben auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest Rechenschaft abzulegen.

Eine entsprechende Regelung muss auch für das schweizerische Recht ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz Geltung haben. Ist der Vorerbe verpflichtet, den gesamten Ueberrest der seinerzeit empfangenen Erbschaft bei Eintritt des Nacherbfalls dem Nacherben als nunmehrigem Eigentümer auszuliefern, so stellt die Pflicht zur Rechenschaftsablegung über ihren Bestand ein "minus in maiore" dar. Im übrigen ist auch eine analoge Anwendung der Art. 607 Abs. 3 ZGB und Art. 610 Abs. 2 ZGB in Betracht zu ziehen, welche die Auskunftspflicht der Miterben bei der Teilung regeln. Vor- und Nacherbe sind zwar nicht Miterben am Nachlass des Erblassers, doch können die gleichen Gründe, welche im Verhältnis unter Miterben zur obigen Regelung führten, durchaus auch beim Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe angeführt werden³⁸. Wenn unter Miterben die Auskunftspflicht als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben betrachtet

36 § 2127 BGB. Vergleiche oben 1. Kapitel IV A d, S. 34.

37 § 260 BGB.

38 Der gewichtigste dürfte wohl in den Beweisschwierigkeiten bestehen, welchen sich ein Aussenstehender gegenüber sieht.

wird ³⁹, so spricht nichts dagegen, auch eine entsprechende Pflicht des Vorerben gegenüber dem Nacherben anzuerkennen.

Dies bedeutet, dass der Vorerbe ein Verzeichnis aller noch vorhandenen ursprünglichen Erbschaftsgegenstände und aller aus Mitteln der Erbschaft getätigten Neuanschaffungen zu erstellen, oder zumindest zur Erstellung Hand zu bieten hat; soweit als möglich muss er dies auch durch Urkunden belegen ⁴⁰.

Selbstverständlich hat dies nicht eine Umkehrung der Beweislast bezüglich Zugehörigkeit zur Erbschaft zur Folge, welche auch bei Anerkennung einer Auskunftspflicht beim Nacherben liegt.

39 Tuor/Picenoni, N. 9 zu Art. 607 ZGB; Oswald, S. 15.

40 Die Herausgabe von Belegen ist nichts anderes, als eine Art der Auskunftserteilung. BGE 82 II 567; BGE 90 II 373; Vergleiche auch zürcherisches EG zum ZGB § 232.

VI. Folgerungen für die praktische Anwendung

In der vorliegenden Arbeit sind immer wieder Probleme und Streitfragen aufgetaucht, welche ihren Ursprung in der mangelnden gesetzlichen Regelung des Instituts der Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest sowie im Fehlen einschlägiger Rechtsprechung haben. In der Praxis am häufigsten dürften Schwierigkeiten bezüglich des Verbrauchsrechts des Vorerben und im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung zwischen dem Vorerben beziehungsweise dessen Erben und dem Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalls entstehen.

Zum Schluss sollen daher noch einige kurze Hinweise angebracht werden, was ein Erblasser, welcher sich zur Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest entschlossen hat, bei der Redaktion seiner Verfügung von Todes wegen besonders berücksichtigen sollte. Die Ernennung einer natürlichen oder juristischen Person zum Willensvollstrecker ist dringend zu empfehlen¹. Bei Erbverträgen ist dieser ausdrücklich auf die Pflicht hinzuweisen, durch die zuständige Behörde ein Inventar errichten zu lassen². Unter Umständen ist in Betracht zu ziehen, den Willensvollstrecker zu beauftragen,

¹ Vergleiche oben II C, S. 68.

² Da im ZGB im Gegensatz zum Testament ein Zwang zur Ablieferung und Eröffnung von Erbverträgen nicht besteht, könnte sonst die zuständige Behörde trotz der Bestimmung des Art. 504 ZGB unter Umständen keine Kenntnis vom Erbfall und der Anordnung einer Nacherbeneinsetzung erhalten.

gleichzeitig auch ein Inventar über das Eigenvermögen des Vorerben unter dessen Mitwirkung aufzunehmen, da auf diese Art ein grosser Teil der Beweisschwierigkeiten bei Eintritt des Nacherbfalls vermieden werden können. Will der Erblasser die Mitwirkung des Vorerben erzwingen, so ist eine Bestimmung denkbar, dass der Willensvollstrecker diesem erst nach Erstellung eines solchen Inventars irgendwelche Erbschaftswerte ausliefern dürfe. Anstatt durch Bedingung kann dies selbstverständlich auch in Form einer Auflage erfolgen.

Im weiteren ist der Erblasser gut beraten, Einzelheiten bezüglich des Verbrauchsrechts, das er dem Vorerben einräumen will, in die Verfügung aufzunehmen und es nicht bei der allgemeinen Formulierung bewenden zu lassen, der Nacherbe "solle erhalten, was dereinst noch vorhanden sei".

Vorausgesetzt, dass bei der Errichtung der Verfügung von Todes wegen mit der nötigen Sorgfalt vorgegangen wird, stellt die Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest auf jeden Fall eine Verfügungsart dar, welche es dem Erblasser erlaubt, seine Vorstellungen bezüglich der Regelung seines Nachlasses auf sehr differenzierte Weise zu verwirklichen.

LEBENS LAUF

Geboren am 19. September 1953, Matura Typus B (Freies Gymnasium in Zürich), Studium an der juristischen Fakultät der Universität Genf (1972/73) und an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich (1973-1977). Frühjahr 1977 Promotion zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft. Praktische Tätigkeit als Auditor und Gerichtssekretär am Bezirksgericht Bülach. Seit Frühjahr 1979 Assistent bei Prof. Dr. P. Weimar. Im Frühling 1980 Erwerb des Anwaltspatentes des Kantons Zürich. 24. Februar 1982 Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

